



Annalen

des

Kgl. Sächs. Ober-Landes-Gerichts

zu

Dresden.

Herausgegeben

von den

Ober-Appellations-Räthen

Heinrich Hermann Klemm und **Carl Moritz Lamm,**

Mitgliedern des K. S. Ober-Landes-Gerichts.

Vierter Band.

Leipzig,

Druck und Verlag der Roßberg'schen Buchhandlung.

1883.

Rec. Apr. 25, 1901.

Das Rechtsmittel der Beschwerde im Strafprozeß.

Von Oberappellationsrath Lamm.

Inhaltsübersicht:

§ 1.

Abgrenzung der Beschwerde.

Die StPO. regelt in § 346 flg. das Rechtsmittel der Beschwerde nur insoweit, als dasselbe für den eigentlichen Strafprozeß, das gerichtliche Verfahren in Strafsachen, in Betracht kommt. Dagegen beruhen die Vorschriften des Ger.-Verf.-Ges. über das Beschwerderecht

1. in dem Verfahren bei Berufung zu dem Amte eines Schöffen oder Geschworenen, sowie in Bezug auf den Dienst eines Schöffen oder Geschworenen (§§ 41, 52, 53, 56, bez. §§ 89, 94, 96 des Ger.-Verf.-Ges.),

2. in Rechtshülfedifferenzen (§ 160 des GVG.),

3. gegen die Auferlegung von Ordnungsstrafen wegen Verletzung der Sitzungspolizei (§ 183 des GVG.) auf völlig selbständiger Regulirung.

Auf das im Ger.-Verf.-Ges. behandelte Beschwerderecht leiden

die Vorschriften der StPO. über die Beschwerde nur insoweit Anwendung, als dieselben, — wie in §§ 56, 96 in Ansehung der Beschwerden gegen Entscheidungen über Ordnungsstrafen gegen Vertrauensmänner des in § 40 erwähnten Ausschusses, Schöffen und Geschworene geschieht, — ausdrücklich für maßgebend erklärt werden. Im Uebrigen kann nur die Vorschrift in § 75 des GVG., wonach gegen den Beschluß der Strafkammer, durch welchen Correctionalisirung verfügt oder abgelehnt wird, Beschwerde nicht stattfindet, als eine, den Strafprozeß betreffende Ergänzungsbestimmung angesehen werden.

Ferner liegen außer dem Bereiche der StPO.

4. Beschwerden, welche die Disciplin, den Geschäftsbetrieb oder Verzögerungen betreffen.*) Die Regelung der Justizaufsicht und der Disciplinargewalt ist den Landesgesetzgebungen überlassen geblieben.

Auszuscheiden aus dem Gebiete der Justizbeschwerde sind auch

5. Beschwerden, welche die Strafvollstreckung betreffen, da dieselbe eine Justizverwaltungsangelegenheit bildet, deren Besorgung besonderen Strafvollstreckungsbehörden übertragen ist,**)

6. Beschwerden gegen Entschließungen der Staatsanwaltschaft innerhalb des für dieselbe bestehenden Instanzenzugs (§§ 147, 148, 151 des GVG.),

7. die in § 69 und 89 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 erwähnten Beschwerden im ehrengerichtlichen Verfahren.

Mit der Justizbeschwerde einigermaßen verwandt, jedoch nach Voraussetzungen und Verfahren ein völlig eigenartiger Rechtsbehelf ist

8. der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den, die Erhebung öffentlicher Klage ablehnenden Bescheid der Staatsanwaltschaft (§ 170 flg. der StPO.).

Endlich ist

9. die Beschwerde, welche nach § 4 des Gerichtskostengesetzes

---

*) Motive zu §§ 290—298 des Entw. S. 198, in Hahn's Materialien zur StPO. I. Abth. S. 247.

**) Annalen des OLG. II. Band S. 104 flg., 113 flg.

vom 18. Juni 1878 gegen die Entscheidung über Erinnerungen des Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen der Gerichte in Strafsachen stattfindet, sowie

10. die nach § 17 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 gegen die Festsetzung der einem Zeugen oder Sachverständigen (in Strafsachen) zu gewährenden Beträge zulässige Beschwerde durch ausdrückliche Verweisung auf die einschlagenden Vorschriften der StPO. über das Rechtsmittel der Beschwerde geregelt.

§ 2.

Charakter, Gegenstand und Arten der strafprocessualen Beschwerde.

Soviel den Charakter der strafprocessualen Beschwerde im engeren Sinne (Justizbeschwerde) betrifft, so ist dieselbe ein Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen im Sinne von § 338 der StPO.; sie soll zur Ergänzung der übrigen Rechtsmittel im Strafverfahren, welche nur gegen Urtheile stattfinden, (Berufung, Revision) dienen und Abhülfe gegen solche gerichtliche Entscheidungen ermöglichen, welche nicht in Form eines Urtheils ergehen. Die Beschwerde ist daher nur gegen solche gerichtliche Entscheidungen statthaft, welche nicht Urtheile sind. Darüber jedoch, ob eine gerichtliche Entscheidung die Eigenschaft eines Urtheils besitze, entscheidet nicht die äußere Form, sondern das Vorhandensein der Voraussetzungen, unter welchen nach den Vorschriften der StPO. eine gerichtliche Entscheidung mittels Urtheils zu erlassen ist. Eine gerichtliche Entscheidung kann daher dadurch, daß sie unrichtiger Weise in die Form eines Urtheils eingekleidet wird, nicht der Anfechtung mittels Beschwerde entzogen werden. Ebensowenig kann aber auch eine Entscheidung, welche in Form eines Urtheils zu ergehen hat, dadurch, daß sie unrichtiger Weise in Form eines Beschlusses ertheilt wird, der Anfechtung mittels Beschwerde zugänglich gemacht werden.*) Im Uebrigen begründet es für die Anfechtbarkeit gerichtlicher Entscheidungen mittels Be-

*) Annalen des OLG. III. Bd. S. 29.

schwerde keinen Unterschied, ob sie das Materielle der Sache betreffen oder nur prozeßleitender Natur sind, ob sie von dem Gericht in collegialer Zusammensetzung oder von einem einzelnen Richter (Vorsitzendem, Untersuchungsrichter, Amtsrichter, beauftragtem oder ersuchtem Richter) erlassen worden sind; nur müssen sie, um mit Beschwerde angefochten werden zu können, in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz ergangen sein, indem gegen Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts Beschwerde nicht stattfindet. (§ 346 Abs. 1 und 3 der StPO.) Wenn in § 346 der StPO. die mittels Beschwerde anfechtbaren gerichtlichen Entscheidungen in „Beschlüsse" und „Verfügungen" getrennt werden, so ist ein feststehender technischer Unterschied zwischen diesen Benennungen nicht nachweisbar,*) indem zwar der I. Entwurf der StPO. (Motive S. 35) davon ausging, daß unter „Verfügung" die Entscheidung eines einzelnen Richters, unter „Beschluß" diejenige einer Mehrheit von Richtern, eines Collegiums, zu verstehen sei, der II. Entwurf dagegen (Motive S. 29) diese Unterscheidung grundsätzlich aufgegeben hat. Dieselbe findet sich auch im Gesetze selbst nicht durchgeführt, indem häufig unter „Beschluß" auch die Entscheidung eines einzelnen Richters verstanden wird. Mit den in § 346 erwähnten „Beschlüssen und Verfügungen" werden daher überhaupt nur solche gerichtliche Entscheidungen bezeichnet, welche nicht unter den Begriff des „Urtheils" zu stellen sind.

Das Rechtsmittel der Beschwerde zerfällt in

1. die einfache Beschwerde,
2. die sofortige Beschwerde

und

3. die weitere Beschwerde.

Das gegenseitige Verhältniß dieser Unterarten der Beschwerde besteht darin, daß die einfache Beschwerde die Regel bildet, zu welcher sich die sofortige Beschwerde und die weitere Beschwerde als Ausnahmen verhalten. Die einfache Beschwerde ist innerhalb des Geltungsgebiets der Beschwerde überhaupt überall zulässig, wo

*) Löwe, Strafprozeßordnung, 3. Aufl. S. 221.

sie nicht ausdrücklich (vgl. § 4) durch das Gesetz ausgeschlossen ist. Dagegen findet die sofortige Beschwerde nur in denjenigen Fällen statt, in welchen sie das Gesetz ausdrücklich gewährt. Die weitere Beschwerde richtet sich gegen die in der Beschwerdeinstanz ergangenen Entscheidungen. Verschiedenheiten in der processualen Behandlung bestehen nur zwischen der einfachen und der sofortigen Beschwerde, während die weitere Beschwerde ihre Eigenart nur aus den Voraussetzungen, unter welchen sie stattfindet, entlehnt, im Uebrigen aber dem Hauptunterschiede zwischen einfacher und sofortiger Beschwerde sich anschließt. Die Eigenthümlichkeiten der sofortigen Beschwerde werden bei Betrachtung der einzelnen processualen Momente des Rechtsmittels der Beschwerde ihre Darstellung finden.

§ 3.

Instanzenzug.

Der Instanzenzug für das Rechtsmittel der Beschwerde wird durch das Gerichtsverfassungsgesetz geregelt. Hiernach vertheilt sich die Zuständigkeit zur Entscheidung über Beschwerden zwischen den Strafkammern der Landgerichte und den Strafsenaten der Oberlandesgerichte. Die Strafkammern der Landgerichte entscheiden nach § 72 des GVG. über Beschwerden gegen Verfügungen des Untersuchungsrichters und des Amtsrichters, sowie gegen Entscheidungen der Schöffengerichte, während nach § 123 no. 5 des GVG. die Strafsenate der Oberlandesgerichte zuständig sind zur Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen strafrichterliche Entscheidungen erster Instanz, soweit nicht die Zuständigkeit der Strafkammern begründet ist, und gegen Entscheidungen der Strafkammern in der Beschwerdeinstanz und Berufungsinstanz. Diese Bestimmungen des GVG. werden erläutert durch die in § 346 der StPO. enthaltene Aufzählung derjenigen Gattungen gerichtlicher Entscheidungen, gegen welche Beschwerde im Allgemeinen zulässig ist. Als solche werden dort genannt: die von den Gerichten in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse, — Verfügungen des Vorsitzenden, des Untersuchungsrichters, des Amtsrichters und eines beauftragten oder ersuchten

Richters. Strafrichterliche Entscheidungen erster Instanz, betreffs deren die Strafkammern nicht die Beschwerdeinstanz bilden, können nur solche sein, welche entweder von den Strafkammern selbst in collegialer Zusammensetzung oder von den richterlichen Mitgliedern des Schwurgerichts (§ 82 des GVG.) oder von dem Vorsitzenden einer Strafkammer oder eines Schwurgerichts ausgehen. Der Vorsitzende bildet innerhalb des ihm durch die StPO. zugewiesenen Wirkungskreises eine selbständige Instanz, was namentlich auch in § 346 der StPO. durch die gesonderte Aufführung der Verfügungen des Vorsitzenden neben den von den Gerichten in erster Instanz erlassenen Beschlüssen zum Ausdruck kommt. Das Gericht in collegialer Zusammensetzung ist keine Beschwerdeinstanz für den Vorsitzenden; die nach § 237 der StPO. zulässige Provocation auf die Entscheidung des Gerichts gegen geschäftsleitende Maßregeln des Vorsitzenden während der Hauptverhandlung ist keine Beschwerde. Die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte zur Entscheidung über Beschwerden gegen Entscheidungen der Strafkammern in der Beschwerdeinstanz beschränkt sich auf die Fälle der sog. weiteren Beschwerde. (Vgl. §. 8.)

Für die nach vorstehenden Grundsätzen geordnete Zuständigkeit zur Entscheidung über Beschwerden macht es keinen Unterschied, ob die Beschwerde eine einfache oder sofortige ist. Auch über sofortige Beschwerden entscheiden daher, je nach Verschiedenheit der Instanz, von welcher die angefochtene Entscheidung ausgegangen ist, bald die Strafkammern, bald die Oberlandesgerichte. Den Abschluß des Instanzenzugs für Beschwerden bilden aber jedenfalls die Oberlandesgerichte, indem nach § 346 Abs. 3 der StPO. gegen Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte keine Beschwerde stattfindet. Hieraus folgt zugleich, daß, insoweit mittels sofortiger Beschwerde anfechtbare Entscheidungen von den Oberlandesgerichten in erster Instanz erlassen werden, wie namentlich in den Fällen der §§ 28 und 46 der StPO. vorkommen kann, dergleichen Entscheidungen unanfechtbar sind. Vgl. § 5 no. 7.

Das Reichsgericht ist in Strafsachen, abweichend von der nach § 135 Ziff. 2 des GVG. verbunden mit § 531 Abs. 2 der

CPO. für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten geltenden Zuständigkeitsnorm, keine Beschwerdeinstanz für die Oberlandesgerichte. Der nach § 160 Abs. 1 des GVG. bestehende, Rechtshülfedifferenzen betreffende Ausnahmefall liegt außerhalb des Gebiets der strafprocessualen Beschwerde, deren regelmäßiger Instanzenzug in Fällen der gedachten Art auch insofern verlassen wird, als über Beschwerden, welche die Zulässigkeit der Rechtshülfe betreffen, in erster Instanz die Oberlandesgerichte entscheiden. Eine singuläre, jedoch den Strafprozeß im engeren Sinne ebenfalls nicht berührende Vorschrift enthält noch § 183 Abs. 3 des GVG., wonach über Beschwerden gegen die in Ausübung der Sitzungspolizei erlassenen Beschlüsse stets das Oberlandesgericht entscheidet.

Endlich ist nach § 138 Abs. 1 verbunden mit § 136 Ziff. 1 des GVG. der erste Strafsenat des Reichsgerichts zuständig zur Entscheidung über Beschwerden gegen Verfügungen des Untersuchungsrichters in den zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörigen Strafsachen.

Die in §. 346 der StPO. erwähnten Beschwerden gegen Verfügungen eines beauftragten oder ersuchten Richters unterliegen den allgemeinen Zuständigkeitsnormen. Die auf eine innerhalb der Justiz-Commission bei der ersten Lesung der StPO. gegebene Anregung*) von der Redactionscommission vorgeschlagene Aufnahme einer dem § 539 der CPO., welcher den Instanzenzug bei Beschwerden über ersuchte oder beauftragte Richter besonders regelt, entsprechenden Bestimmung, welche als § 293a dahin gehen sollte:

„Wird die Aenderung einer Verfügung des von einem Gericht beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Entscheidung des Gerichts nachzusuchen.

Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Gerichts statt.

Die Bestimmung des ersten Absatzes gilt auch für das Reichsgericht". **)

---

*) Hahn, Mat. zur StPO. 1. Abth. S. 989, Prot. S. 534.

**) Hahn, a. a. O., 2. Abth. S. 2282.

wurde von der Justiz-Commission in zweiter Lesung mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Stellung des ersuchten oder beauftragten Richters im Strafprozesse und im Civilprocesse abgelehnt. Es wurde namentlich geltend gemacht: „Während im Civilprozesse der ersuchte oder beauftragte Richter lediglich als Delegatar bezüglich einzelner bestimmter Handlungen thätig werde und hinsichtlich dieser die ihm vorgezeichneten Grenzen einzuhalten habe, werde im Strafprozesse der beauftragte oder ersuchte Richter nicht mit einer einzelnen bestimmten Handlung, sondern mit einer mehr oder weniger unbestimmten Zahl solcher Handlungen betraut; diese Aufträge könnten nicht so genau präcisirt werden; der beauftragte oder ersuchte Richter habe einen weiten Spielraum für sein selbständiges Ermessen; er handele nicht als bloser Delegatar, sondern nur aus Anlaß des Auftrags kraft eigener selbständiger Amtsbefugniß; für selbständige Handlnngen eines Richters sei aber das ihm vorgesetzte Gericht die natürliche Beschwerdeinstanz".*)

Ersuchter Richter ist nach § 158 des GVG. stets der Amtsrichter. Dagegen kann die Stellung eines beauftragten Richters nur bei einem Collegialgericht vorkommen. Der beauftragte Richter ist Mitglied des Collegiums, von welchem er den Auftrag erhält — deputatus collegii.**) Beschwerdeu über einen ersuchten oder beauftragten Richter können entweder gegen das Verfahren des ersuchten oder beauftragten Richters oder gegen den Inhalt des Ersuchens oder Auftrags selbst gerichtet sein. Dem ersuchten Richter gegenüber tritt im ersteren Falle die dem ersuchten Richter vorgesetzte Instanz, im letzteren Falle dagegen, da hier die Beschwerde sich gegen den Beschluß des ersuchenden Gerichts richtet, das dem ersuchenden Gericht vorgesetzte Gericht als Beschwerdeinstanz ein. Dagegen ist der erwähnte Unterschied in der Richtung der Beschwerde für den Instanzenzug bei Beschwerden gegen den beauftragten Richter ohne Bedentung. Vielmehr folgen solche Beschwerden, mögen sie nun gegen das Verfahren des beauftragten Richters oder gegen den Auftrag selbst

*) Hahn a. a. O. II. Abth. S. 1384, Prot. S. 1009, 1010.
**) Puchelt, Commentar zur StPO. S. 123 no. 11.

gerichtet sein, und zwar im ersteren Falle deshalb, weil der beauftragte Richter das ihn beauftragende Collegium repräsentirt, stets dem für das beauftragende Gericht bestehenden Instanzenzuge, soweit nicht nach § 346 Abs. 3 der StPO. Unanfechtbarkeit der angegriffenen Entscheidung vorliegt. Jedoch kann das beauftragende Gericht Beschwerden, welche nur das Verfahren des beauftragten Richters betreffen, vermöge seiner vorgesetzten Stellung zu dem letzteren durch entsprechende Weisungen erledigen.*)

§ 4.

Zulässigkeit der Beschwerde.

Das Gebiet der sofortigen Beschwerde ist fest begrenzt, indem dieselbe nur in denjenigen Fällen stattfindet, in welchen sie das Gesetz ausdrücklich gewährt. Vgl. § 2. Dagegen hat die StPO. von einer Specialisirung derjenigen Fälle, in welchen einfache Beschwerde stattfindet, abgesehen und die Zulässigkeit derselben nur negativ dahin begrenzt, daß sie gegen die in § 346 Abs. 1 der Gattung nach bezeichneten Entscheidungen zulässig sei, „soweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich der Anfechtung entzieht".**) Einfache Beschwerde ist daher überall zulässig, wo sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.

„Ausdrückliche" Entziehung der Beschwerde ist nicht blos da anzunehmen, wo dieselbe in einer der in dieser Beziehung in der Gesetzessprache üblichen Ausdrucksweisen***) mit Worten verfügt wird, sondern auch da, wo aus sachlichen Bestimmungen des Gesetzes der Ausschluß der Beschwerde mit Nothwendigkeit folgt. In die letztere Kategorie gehören namentlich solche Fälle, in denen die Anfechtung des Verfahrens oder einzelner Beschlüsse oder Verfügungen an bestimmte andere Formen, als den Gebrauch der Beschwerde, gebunden wird. Die wichtigsten Beispiele dieser Art

*) Vgl. die Commentare zur StPO. von Bomhard und Koller, S. 255 no. 7; Puchelt, S. 541 no. 9; Löwe, 3. Aufl. S. 612 no. 4c und d. Theilweise anderer Meinung bezüglich des Instanzenzugs bei Beschwerden gegen den ersuchten Richter, v. Schwarze, Comm. S. 498 und in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafproz. II. S. 260.

**) Annalen des OLG. I. S. 13.

***) Annalen des OLG. I. S. 13.

sind: der Einwand der Unzuständigkeit des Gerichts von Seiten des Angeklagten nach §§ 16 und 18 der StPO. —, die Erhebung von Einwand durch den Angeschuldigten gegeu die Verfügung, durch welche auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Voruntersuchung eröffnet wird (§ 179 der StPO.) —, die Entscheidung des in der Hauptverhandlung erkennenden Gerichts, wenn eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet wird (§ 237 der StPO.) —, im Schwurgerichtsverfahren Einwendungen gegen die von dem Präsidenten des Geschworenengerichts entworfenen Fragen (§ 291 der StPO.) —, Einspruch gegen den amtsrichterlichen Strafbefehl (§ 449 der StPO.) —, Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen polizeiliche Strafverfügungen oder gegen Strafbescheide der Verwaltungsbehörden wegen Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle (§ 454, 460 der StPO.) —, Antrag auf Entscheidung des Berufungsgerichts, beziehentlich des Revisionsgerichts über die formelle Zulässigkeit des Rechtsmittels der Berufung und der Revision (§ 360 Abs. 2, § 386 Abs. 2 der StPO.). Insbesondere sind die beiden zuletzt erwähnten Anträge auf Entscheidung des Berufungsgerichts, beziehentlich des Revisionsgerichts eigenartige, mit der Beschwerde nicht zusammenfallende, sondern auf besonderem Instanzenzuge beruhende Rechtsbehelfe,*) woraus unter Anderem folgt, daß die von dem Berufungsgericht auf Grund des § 360 Abs. 2 der StPO. ertheilte Entscheidung nicht anfechtbar ist,**) während in dem Falle, wenn die Unzulässigkeit der Berufung zuerst von dem Berufungsgericht ausgesprochen wird (§ 363 der StPO.), der diesfallsige Beschluß des Berufungsgerichts durch sofortige Beschwerde angefochten werden kann. Stillschweigender Ausschluß der Beschwerde liegt auch dann vor, wenn das Gesetz dieselbe nur einem Theile (dem Staatsanwalt oder Angeklagten) einräumt, indem dadurch dem andern Theile das Rechtsmittel stillschweigend entzogen wird. Dagegen

*) Annalen des OLG. I. S. 218.
**) Angez. Annalen II. S. 302.

hat die RStPO. — abweichend von Art. 85 Abs. 4 der sächs. Rev. StPO. — selbst solche richterliche Entscheidungen, welche auf Ermessen beruhen, der Anfechtung mittels Beschwerde grundsätzlich, und falls sie nicht aus anderen Gründen für unanfechtbar gelten, nicht entzogen.*) Dergleichen Entscheidungen werden meistentheils durch die Redewendungen charakterisirt, daß Etwas angeordnet werden könne (§§ 2², 4¹, 69², 117 der StPO.), oder, daß der Richter, das Gericht, Etwas anordnen könne (§§ 83, 206, 400²), während an einigen Stellen das „freie Ermessen" (§§ 118², 245⁴) oder das „Ermessen des Vorsitzenden" (§ 147⁴) oder das „richterliche Ermessen" (§ 149³) als Grundlage der betreffenden Entscheidung ausdrücklich erwähnt wird. In allen solchen Fällen kann die Beschwerde, wenn sie sonst zulässig ist, blos aus dem Grunde, weil die angefochtene Entscheidung auf Ermessen beruht, nicht für ausgeschlossen erachtet werden, vielmehr unterliegt principiell auch die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung einer Nachprüfung in der Beschwerdeinstanz. Eine Bestätigung dieses Grundsatzes enthält beispielsweise §. 200 der StPO., woselbst neben der Vorschrift, daß vor Entscheidung über Eröffnung des Hauptverfahrens zur besseren Aufklärung der Sache das Gericht eine Ergänzung der Voruntersuchung oder, falls eine Voruntersuchung nicht stattgefunden hat, die Eröffnung einer solchen anordnen könne, ausdrücklich bestimmt wird: „Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt". Dieser letzteren Bestimmung würde es nicht bedurft haben, wenn richterliche Entscheidungen, welche auf Ermessen beruhen, schon deshalb der Anfechtung mittels Beschwerde entzogen sein sollten.

§ 5.

Fälle, in welchen Beschwerde nicht stattfindet.

Abgesehen von den nach §§ 41, 52⁴, 53², 94¹ und 89² des GVG. mittels Beschwerde nicht anfechtbaren richterlichen Entscheidungen, welche die Berufung zu dem Amte eines Geschwornen

*) Annalen des OLG. II. S. 301.

oder Schöffen betreffen, wird auf dem Gebiete des Strafprozesses nach ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes die Beschwerde

A. in einigen Fällen überhaupt nicht,

B. in anderen nur in beschränkter Weise zugelassen.

Zu A.

In die erste Kategorie gehören folgende Fälle:

Beschwerde findet nicht statt

1. gegen die dem Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung einer Frist stattgebende Entscheidung (§ 46 [2] der StPO.),

2. gegen den Beschluß des Gerichts, wodurch das Ablehnungsgesuch gegen einen Richter, Schöffen oder Gerichtsschreiber für begründet erklärt wird (§ 28 [1] verb. mit § 31 der StPO.).

In beiden Fällen fehlt es für die Gestattung eines Rechtsmittels an jedem praktischen Bedürfniß.*)

3. Der Beschluß, durch welchen ein gegen einen erkennenden Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, kann nicht für sich allein, sondern nur mit dem Urtheil angefochten werden (§ 28 [2] der StPO.). Eine besondere Beschwerde gegen den gedachten Beschluß ist also nicht zulässig, vielmehr dem Betheiligten nur gestattet, demnächst das in der Hauptsache ergehende Urtheil mittels des gegen dasselbe zulässigen Rechtsmittels (Berufung, Revision, vergl. § 377 no. 3 der StPO.) auch wegen der Verwerfung seines Ablehnungsgesuchs anzufechten. Die Zulassung einer besonderen Anfechtung des Beschlusses mittels Beschwerde würde zu großen Weitläufigkeiten und Mißbräuchen geführt haben, da der Beschwerde, wenn sie überhaupt Bedeutung haben sollte, aufschiebende Wirkung hätte beigelegt werden müssen.**) Ist jedoch der in Rede stehende Fall in der Berufungsinstanz vorgekommen, so giebt es in Folge der Vorschrift in § 380 der StPO. gegen die Verwerfung des Ablehnungsgesuchs überhaupt keine Rechtshülfe.

4. Nach § 279 der StPO. sind bei der Bildung der Ge-

*) Motive zu § 22 des Entw. S. 27, in Hahn's Mat. I. S. 91.

**) Motive zu § 22 des Entw. S. 27, in Hahn's Mat. I. S. 92.

schwornenbank, mit welcher die Hauptverhandlung vor den Schwurgerichten beginnt, vor der Auslosung, wenn unter den erschienenen Geschwornen solche sich befinden, welche zum Geschwornenamte unfähig (§ 32 verb. mit § 85 [2] des GVG.) oder von der Ausübung des Amtes in der zu verhandelnden Sache kraft Gesetzes ausgeschlossen sind (§ 22 verb. mit § 32 der StPO.), die mit einem solchen Mangel behafteten Geschwornen, beziehentlich auf Anzeige etwaiger Ausschließungsgründe, wozu sie aufzufordern sind, auszuscheiden. Gegen die Entscheidung über das Ausscheiden eines Geschwornen aus einem dieser Gründe findet nach § 279 Abs. 2 der StPO. Beschwerde nicht statt. Dieselbe ist in diesem Falle versagt worden, weil sie ohne Suspensivkraft keine Bedeutung hat, mit Suspensivkraft aber regelmäßig eine Vertagung der Hauptverhandlung nothwendig machen würde. Durch Ausschließung der Beschwerde gegen die gedachte Entscheidung wird jedoch die Zulässigkeit der Revision gegen ein Urtheil, welches unter Mitwirkung eines unfähigen oder kraft Gesetzes ausgeschlossenen Geschwornen ergangen ist, nicht berührt (§ 377 no. 2 der StPO.)*).

5. Gegenüber der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft oder dem Antrage derselben, den Beschuldigten, gegen welchen eine Voruntersuchung geführt war, außer Verfolgung zu setzen, kann nach § 200 der StPO. das Gericht vor der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zur besseren Aufklärung der Sache eine Ergänzung der Voruntersuchung oder, falls eine Voruntersuchung nicht stattgefunden hat, die Eröffnung einer solchen oder einzelne Beweiserhebungen anordnen. Der Amtsrichter ist, da nach § 176 Abs. 3 der StPO. in den zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehörigen Sachen eine Voruntersuchung unzulässig ist, nur zu Anordnung einzelner Beweiserhebungen befugt. Eine Anfechtung solcher Beschlüsse findet nach § 200 Abs. 2 der StPO. nicht statt. Die Zulassung einer Beschwerde gegen dergleichen Beschlüsse ist nicht geboten erschienen, weil dieselben lediglich zur Vorbereitung des Beschlusses über die Eröffnung des Hauptverfahrens dienen.**)

---

*) Motive zu § 237 des Entw. S. 164, in Hahn's Mat. I. S. 216.

**) Motive zu § 166 des Entw. S. 113, in Hahn's Mat. I. S. 170.

6. Nach § 123 no. 2 und 3 verbunden mit § 136 no. 2 des GVG. ist die Zuständigkeit zur Verhandlung und Entscheidung über Revisionen zwischen dem Reichsgericht und den Oberlandesgerichten getheilt. Das Revisionsgericht, an welches die Einsendung der Acten erfolgt, hat nach § 388 der StPO. vor Allem seine Zuständigkeit zu prüfen und, wenn es hierbei findet, daß die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel zur Zuständigkeit eines anderen Gerichts gehöre, durch Beschluß, in welchem das zuständige Revisionsgericht zu bezeichnen ist, seine Unzuständigkeit auszusprechen. Dieser Beschluß unterliegt nach § 388 Abs. 2 der StPO. einer Anfechtung nicht und ist für das in demselben bezeichnete Gericht bindend. Die nurgedachte Vorschrift soll gegen die Möglichkeit eines negativen Competenzconflicts zwischen verschiedenen Revisionsgerichten Abhülfe gewähren, welcher mit Rücksicht darauf, daß gegen Revisionsentscheidungen ein Rechtsmittel nicht gegeben ist, unlösbar sein würde.*) Zweifel über die Zuständigkeit des einen oder des andern Revisionsgerichts können namentlich in den Fällen des § 123 no. 3 des GVG. bei Beurtheilung der Frage entstehen, ob die Revision gegen ein Urtheil der Strafkammer in erster Instanz ausschließlich auf die Verletzung einer in den Landesgesetzen enthaltenen Rechtsnorm gestützt werde.

7. Nach § 346 Abs. 3 der StPO. findet gegen Beschlüsse und Verfügungen der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts eine Beschwerde nicht statt. Nach § 290 des Entwurfs sollte nur gegen Beschlüsse und Verfügungen des Reichsgerichts Beschwerde nicht stattfinden, weil die Gewährung eines Anfechtungsrechts mit der Stellung dieses Gerichtshofs unvereinbar sein würde.**) Der Entwurf ging davon aus, daß die sofortige Beschwerde ausnahmsweise auch gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte stattfinden solle, wenn nämlich die Entscheidung nicht die Hauptsache, sondern einen erst in dem Verfahren vor dem Oberlandesgericht

*) Motive zu § 206—210 des Entw. S. 207, in Hahn's Mat. I. S. 256.

**) Motive zu § 190, 191 des Entw. S. 198, in Hahn's Mat. I. S. 247.

hervorgetretenen Incidentpunkt betreffe, wie beispielsweise der Fall sei, wenn das Oberlandesgericht das Ablehnungsgesuch gegen ein zur Entscheidung über eine Beschwerde berufenes Mitglied oder ein Ablehnungsgesuch, über das es an Stelle des beschlußunfähigen unteren Gerichts zu entscheiden hatte, für unbegründet erkläre (§§ 24—28 der StPO.) oder wenn es ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen eine versäumte Revisionsfrist verwerfe (§ 44—46 der StPO.).*) Demgemäß sollte nach § 207 des Entwurfs zum GVG. in Strafsachen das Reichsgericht auch für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte zuständig sein. Auf Antrag der Justizcommission wurde jedoch dieser Zusatz gestrichen, da die beiden möglichen Fälle der Beschwerde sehr selten vorkämen und so untergeordnet seien, daß es nicht nöthig erscheine, für sie besonders das Rechtsmittel der Beschwerde an das Reichsgericht in Strafsachen zu gewähren.**) In dessen Folge wurde in § 290 des Entwurfs der StPO. (§ 346 des Gesetzes) im dritten Absatze hinter dem Worte: „Verfügungen" eingeschaltet: „der Oberlandesgerichte und".

Zu B.

Beschränkt ist die Zulässigkeit der Beschwerde gegen einige richterliche Entscheidungen insofern, als dieselben

a. nicht von allen Betheiligten, oder

b. nur nach gewissen Richtungen angefochten werden können.

Zu a.

8. Nach § 209 Abs. 1 der StPO. kann der Beschluß, durch welchen das Hauptverfahren eröffnet worden ist, von dem Angeklagten nicht angefochten werden. Der Gesetzgeber ist hierbei davon ausgegangen, daß kein Bedürfniß vorliege, dem Angeklagten eine Anfechtung des, das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses zu gestatten, indem dieser Beschluß insofern nur die Bedeutung einer prozeßleitenden Verfügung habe, als dadurch dem Angeklagten

---

*) Motive zu § 298 des Entw. S. 200, in Hahn's Mat. I. S. 249.
**) Prot. zum GVG. S. 719.

gegenüber zunächst Nichts weiter ausgesprochen werde, als daß über die gegen ihn erhobene Beschuldigung mündlich verhandelt werden, also dasjenige Verfahren eintreten solle, welches sich in dem auf Mündlichkeit und Oeffentlichkeit beruhenden Strafprozesse als das regelmäßige und ordentliche darstelle, die mündliche Verhandlung aber dem Angeklagten, unbeschadet aller Einreden gegen die Zulässigkeit der Anklage, die Möglichkeit einer unbeschränkten Vertheidigung und die Gelegenheit, sich öffentlich zu rechtfertigen, biete; gegen die Gewährung des erwähnten Anfechtungsrechts spreche ferner die Erwägung, daß dasselbe nur in den seltensten Fällen dem Angeklagten von Nutzen, dagegen in sehr zahlreichen Fällen für die Strafrechtspflege störend sein würde, indem zu besorgen sei, daß die Angeklagten das Beschwerderecht mißbrauchen und häufig die Beschwerde nur zu dem Zweck ergreifen würden, um wenigstens eine Verzögerung des Verfahrens zu bewirken und den Zeitpunkt ihrer Verurtheilung hinauszuschieben.*)

Bestritten ist, ob gegen einen das Hauptverfahren eröffnenden Beschluß der Staatsanwaltschaft das Recht der Beschwerde zustehe, besonders in dem Falle des § 206 Abs. 1 der StPO., wenn von der Staatsanwaltschaft die Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten beantragt, von dem Gericht aber die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wird, oder wenn das Gericht bei der Beschlußnahme die Grenzen der erhobenen öffentlichen Klage dadurch überschritten hat, daß es das Hauptverfahren wegen Thaten oder gegen Personen eröffnet, welche die Staatsanwaltschaft nicht zum Gegenstande der Anklageschrift gemacht hat, oder wenn der Eröffnungsbeschluß den Erfordernissen des § 205 der StPO. nicht entspricht.**) Bezüglich des § 206 Abs. 1 der StPO. möchte die Frage zu verneinen sein, weil das Gesetz bei Eintritt der dort erwähnten Voraussetzungen der Staatsanwaltschaft sofort eine bestimmte Weisung ertheilt. Dagegen kann in anderen Fällen gegen den Eröffnungsbeschluß, wenn bei dessen Abfassung processuale Vorschriften verletzt worden sind, mit Rück-

*) Motive zu § 173 des Entw. S. 116, 117, in Hahn's Mat. I. S. 173.

**) Voitus, Controversen, 1. Band S. 275 flg.

sicht auf die Allgemeinheit der Vorschrift in § 346 der StPO. und da § 209 Abs. 1 das Beschwerderecht ausdrücklich nur dem Angeklagten entzieht, der Staatsanwaltschaft die einfache Beschwerde nicht versagt worden.*)

9. Durch die Vorschriften des § 270 der StPO. ist bezüglich der Anfechtbarkeit durch den Angeklagten dem das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusse auch derjenige Beschluß gleichgestellt worden, durch welchen das in der Hauptverhandlung erkennende Gericht, weil die dem Angeklagten zur Last gelegte That nach dem Ergebnisse der Verhandlung die Zuständigkeit des Gerichts überschreite, seine Unzuständigkeit ausspricht und die Sache an das zuständige Gericht verweist. Auch ein solcher Beschluß ist nach der Bestimmung in § 270 Abs. 3 verbunden mit § 209 Abs. 1 der StPO. der Anfechtung Seiten des Angeklagten entzogen, weil für die Gewährung eines Anfechtungsrechts jedes Bedürfniß fehle.**)

10. Nach § 75 des GVG. findet gegen die Entscheidung der Strafkammer über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Ueberweisung der Verhandlung und Entscheidung einer Strafsache an das Schöffengericht (Correctionalisirung) Beschwerde nicht statt. Es steht weder dem Angeschuldigten gegen die Ueberweisung, noch dem Staatsanwalt gegen die Ablehnung der Ueberweisung eine Beschwerde zu.***) Wird jedoch nicht der sachliche Inhalt des Ueberweisungsbeschlusses, sondern das bei dessen Erlassung beobachtete Verfahren angefochten, wie z. B. wenn die Ueberweisung von der Strafkammer aus eigener Bewegung und ohne einen hierauf gerichteten Antrag der Staatsanwaltschaft erfolgt ist, so ist Beschwerde zulässig.†)

Zu b.

11. Nach § 178 Abs. 1 der StPO. kann der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung der Voruntersuchung nur wegen Unzuständigkeit des Gerichts — oder wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung oder der Voruntersuchung (§ 176) — oder weil

*) Vergl. dagegen: Entscheidungen des OLG. München in Strafsachen II. Band S. 128.

**) Motive zu § 228, 229 des Entw. S. 161, in Hahn's Mat. I. S. 213.

***) Motive zum GVG. S. 99.

†) Annalen des OLG. Dresden II. Band S. 386.

die in dem Antrage bezeichnete That unter kein Strafgesetz falle, abgelehnt werden. Aus den nämlichen Gründen kann nach § 179 der StPO. auch der Angeschuldigte gegen die Eröffnung der Voruntersuchung Einwand erheben, und zwar entweder bei Gelegenheit des Gehörs, welches ihm nach § 178 Abs. 2, wenn dem Untersuchungsrichter aus einem der obigen Gründe gegen die Eröffnung der Voruntersuchung Bedenken beigehen und nach § 178 Abs. 1 die Nothwendigkeit einer Beschlußfassung des Gerichts eintritt, vor dieser Beschlußfassung gestattet werden soll, oder nach der Beschlußfassung, falls er hierbei nicht gehört worden, oder wenn von dem Untersuchungsrichter die von der Staatsanwaltschaft beantragte Voruntersuchung anstandslos eröffnet worden ist, gegen jenen Beschluß oder diese Verfügung. Die Entscheidung des Gerichts über den Einwand des Angeschuldigten gegen die Eröffnung der Voruntersuchung unterliegt nun nach § 180 der StPO. von Seiten des Angeschuldigten einer sehr beschränkten Anfechtung, indem der diesfallsige Beschluß von dem Angeschuldigten nicht angefochten werden kann, soweit er die Zulässigkeit der Strafverfolgung oder der Voruntersuchung oder die Frage entscheidet, ob die That unter ein Strafgesetz falle, vielmehr lediglich gegen Verwerfung des Einwands der Unzuständigkeit dem Angeschuldigten die sofortige Beschwerde zusteht.

12. Nach § 199 Abs. 3 der StPO. machen die Anträge und Einwendungen, welche der Angeschuldigte nach erfolgter Mittheilung der Anklageschrift innerhalb der hierzu bestimmten Frist vorbringen kann, eine Beschlußfassung des Gerichts nothwendig. Eine Anfechtung des diesfallsigen Beschlusses findet nach § 199 Abs. 3 verbunden mit § 180 Abs. 1 und § 181 der StPO. nach anderen Richtungen nicht statt, als daß dem Angeschuldigten gegen die Zurückweisung des Einwands der Unzuständigkeit und gegen Ablehnung seines Antrags auf Eröffnung der Voruntersuchung sofortige Beschwerde zusteht. Insbesondere ist daher gegen Ablehnung der von dem Angeschuldigten in dem bezeichneten Stadium beantragten Vornahme einzelner Beweiserhebungen vor der Hauptverhandlung Beschwerde nicht zulässig. Das Nämliche gilt auch in dem Falle des § 270 Abs. 4 der StPO.

Endlich unterliegen

13. nach § 347 der StPO. Entscheidungen der erkennenden Gerichte, welche der Urtheilsfällung vorausgehen, nur dann der Beschwerde, wenn sie Verhaftungen, Beschlagnahmen, Straffestsetzungen oder dritte Personen betreffen.

Diese Beschränkung des Rechtsmittels der Beschwerde bedarf einer eingehenderen Betrachtung.

§ 6.

Zur Auslegung des § 347 der StPO.

Es ist bestritten, ob unter den in § 347 gedachten Entscheidungen der erkennenden Gerichte, welche der Urtheilsfällung vorausgehen, alle Entscheidungen, welche nach Eröffnung des Hauptverfahrens und vor der Urtheilsfällung getroffen werden, mithin auch diejenigen, welche in dem die Hauptverhandlung vorbereitenden Verfahren ergehen, oder nur diejenigen zu verstehen seien, welche in der Hauptverhandlung selbst erfolgen.*) Die Anhänger der ersteren Meinung berufen sich namentlich auf die Motiven. In denselben**) wird zu Rechtfertigung der in Rede stehenden, im 1. Abs. von § 291 des Entwurfs gleichlautend enthaltenen Bestimmung Folgendes bemerkt: „Wenn der Entwurf bei den meisten der Urtheilsfällung vorausgehenden Ent-

*) Die erstere Meinung wird vertreten in den Commentaren zur StPO. von
Thilo, S. 403,
Löwe, 3. Aufl. S. 614 no. 2 zu § 347,
v. Schwarze, S. 499 Anm. 1 zu § 347,
Puchelt, S. 542 Anm. 11 zu § 347,
die letztere dagegen in den Commentaren von
Keller, Anm. 2 zu § 347, 2. Aufl. S. 449,
v. Bomhard und Koller, S. 254 Anm. 2 zu § 347,
Voitus, S. 359 Anm. 1 zu § 347.
Ebenso zwiespältig ist die Praxis. Vgl.
Entscheidungen des Oberlandesgerichts München in Strafsachen, I. Band S. 107 no. 25 und S. 556 no. 134 unter 2
gegen
Annalen des Oberlandesgerichts Dresden, II. Band S. 297 no. 10.

**) S. 198, in Hahn's Mat. I. S. 247.

scheidungen der erkennenden Gerichte zwar nicht jede Anfechtung, wohl aber die Beschwerde ausschließe, so beruhe dies darauf, daß diese Entscheidungen regelmäßig in irgend welchem inneren Zusammenhange mit der nachfolgenden Urtheilsfällung stehen und zur Vorbereitung der letzteren dienen, daß sie demzufolge aber sich meistentheils als blos vorläufige Beschlüsse darstellen und bei der Urtheilsfällung selbst nochmals der Prüfung des Gerichts unterliegen; hier würde ein schon vor der Urtheilsfällung stattfindendes Eingreifen des höheren Gerichts in das Verfahren mit der Stellung und Aufgabe des Gerichts erster Instanz unvereinbar sein; dies gelte vor Allem von solchen Beschlüssen, welche eine Beweisaufnahme anordnen oder ablehnen; in allen diesen Fällen bleibe demjenigen, welcher sich durch die Entscheidung beschwert fühle, die Geltendmachung seiner Beschwerdegründe insofern vorbehalten, als dieselben zur Begründung der Revision gegen das demnächst ergehende Urtheil benutzt werden könnten; die Beschwerde gehe hier also in dem Rechtsmittel der Revision auf.“ Man sagt nun: diese Motive passen gleichmäßig sowohl auf diejenigen, der Urtheilsfällung vorausgehenden Entscheidungen des erkennenden Gerichts, welche in der Hauptverhandlung selbst, als auf diejenigen, welche im Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung ergehen. Allein die erwähnten Motive passen nicht auf alle in der Berufungsinstanz ergangene Urtheile. Den zur Vorbereitung dieser Urtheile dienenden Entscheidungen gegenüber läßt sich nicht behaupten, daß eine etwaige Beschwerde gegen dieselben in der Revision aufgehe, weil die Geltendmachung solcher Beschwerdegründe mittels Revision nur durch Rüge der Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren, z. B. bei Ablehnung von Beweisanträgen der Vorschrift in § 377 no. 8 der StPO. (unzulässige Beschränkung der Vertheidigung), erfolgen kann, jedoch nach Vorschrift des § 380 der StPO. Berufungsurtheile der Anfechtung mittels Revision wegen Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren, die in § 398 erwähnten Ausnahmefälle abgerechnet, überhaupt nicht unterliegen. Man beruft sich ferner für den regelmäßigen Ausschluß der Beschwerde auch gegen die nach Eröffnung des Hauptverfahrens bis zum Beginn der Haupt-

verhandlung ergehenden Entscheidungen des Gerichts darauf, es sei in der Justizcommission constatirt worden, daß unter den in § 347 erwähnten Entscheidungen „die nach Einleitung der Hauptverhandlung getroffenen Entscheidungen des zur Aburtheilung berufenen Gerichts“ zu verstehen seien.*) Diese angebliche Constatirung besteht darin, daß in der 69. Commissionssitzung**) bei Berathung des § 291 des Entwurfs (§ 347 des Ges.) von Seiten eines Regierungs-Vertreters erklärt wurde: „§ 291 betreffe nur die von den erkennenden Gerichten, also nach Einleitung der Hauptverhandlung, getroffenen Entscheidungen,“ und diese Erklärung von der Commission ohne Widerspruch entgegengenommen wurde. Jene Erklärung des Regierungs-Vertreters bedarf indessen erst selbst der Interpretation. Der Ausdruck: „nach Einleitung der Hauptverhandlung“ ist zweideutig und kann ebensowohl von der Vorbereitung als von dem Beginn der Hauptverhandlung verstanden werden, wie denn auch Voitus, Commentar, S. 359, auf jene Erläuterung bei den Commissionsverhandlungen in dem Sinne Bezug nimmt, als seien die Worte: nach Einleitung der Hauptverhandlung gleichbedeutend mit: während der Hauptverhandlung.

Hieraus dürfte sich ergeben, daß weder die Motive noch die Commissionsverhandlungen für die Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle entscheidendes Material darbieten; vielmehr ist dieselbe vor Allem aus sich selbst zu erklären.

Aus diesem Standpunkte ist aber derjenigen Meinung der Vorzug zu geben, welche nur die während der Hauptverhandlung selbst ergehenden, die Urtheilsfällung vorbereitenden Entscheidungen des Gerichts als der Anfechtung mittels Beschwerde entzogen betrachtet.

Es ist hierbei davon auszugehen, daß die in Rede stehende Vorschrift des § 347 der StPO. in ihrem Verhältniß zu § 346, welcher die Zulässigkeit der Beschwerde im weitesten Umfange anerkennt, eine Ausnahmebestimmung enthält und als solche streng

*) v. Schwarze, StPO. S. 499.

**) Protokolle S. 533.

auszulegen ist. Die ganze Streitfrage kommt im Wesentlichen darauf hinaus, was unter dem „erkennenden" Gericht zu verstehen ist. Will man darunter das zur Aburtheilung berufene Gericht,*) oder überhaupt das Gericht, vor welchem in der betreffenden Sache das Hauptverfahren eröffnet ist,**) verstehen, so geht man über den an sich klaren Wortlaut des Gesetzes hinaus. Unter dem erkennenden Gericht kann vielmehr der wörtlichen Bedeutung nach nur das zur Aburtheilung der Sache zusammengetretene Gericht verstanden werden. Der Zusammentritt des erkennenden Gerichts aber wird erst durch den Beginn der Hauptverhandlung bedingt. Als erkennendes Gericht tritt daher die Strafkammer erst mit dem Beginn der Hauptverhandlung auf. Bis dahin ist sie nur beschließendes Gericht.***) Es kann nicht behauptet werden, daß die Bestimmung in § 347 Satz 1, wenn man sie auf die während der Hauptverhandlung ergehenden Entscheidungen beschränken wollte, ziemlich überflüssig sein würde.****) Sie behält dann immer den Werth, daß dadurch der ungestörte Fortgang der Hauptverhandlung gesichert wird. Andererseits ist aber die Anfechtbarkeit der in dem Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung in Bezug auf letztere ergehenden Entscheidungen insofern von hoher Bedeutung, als sie gegenüber dem Ausschlusse der Berufung in landgerichtlichen Strafsachen das einzige Mittel bietet, Fehlern und Lücken der Beweisaufnahme vorzubeugen, welche für den Ausgang der Sache verhängnißvoll werden können und nicht immer durch Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens wieder gut zu machen sind.

Selbst wenn man übrigens auf Grund des § 347 der StPO. als unanfechtbar auch solche Entscheidungen ansehen wollte, welche von dem zu Abhaltung der Hauptverhandlung berufenen Gericht

*) v. Schwarze, StPO. S. 499.

**) Entscheidungen des OLG. München I. S. 108.

***) Der Unterschied zwischen erkennendem und beschließendem Gericht wird treffend hervorgehoben in den Commentaren von Bomhard und Koller in Anm. 2 zu § 347 S. 254 und von Koller in Anm. 2 zu § 347 S. 386 der 1. Aufl.

****) Löwe, Comm., no. 2 zu § 347, 3. Aufl. S. 614.

zwischen der Eröffnung des Hauptverfahrens und dem Beginn der Hauptverhandlung ertheilt werden, so würden doch hiervon Entscheidungen des Vorsitzenden in der künftigen Hauptverhandlung auszunehmen sein.*) Dies folgt mit Nothwendigkeit daraus, daß in § 346 zwischen den „von den Gerichten in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüssen" und „Verfügungen des Vorsitzenden" ausdrücklich unterschieden wird. Deshalb kann nicht angenommen werden, daß in dem sich unmittelbar anschließenden, die Regel des § 346 beschränkenden § 347 unter dem Ausdruck: „Entscheidungen der erkennenden Gerichte" Entscheidungen des Gerichts und des Vorsitzenden haben zusammengefaßt werden sollen.**)

Die Ausnahmebestimmung des § 347 erleidet jedoch selbst wieder eine Ausnahme durch Wiederherstellung der Regel der Anfechtbarkeit in Ansehung der Entscheidungen über Verhaftungen, — Beschlagnahmen, — Straffestsetzungen — und aller Entscheidungen, durch welche dritte Personen betroffen werden, so daß alle derartige Entscheidungen, selbst wenn sie während der Hauptverhandlung ergehen, mittels Beschwerde angefochten werden können. Die Vorschrift bezieht sich, soweit Verhaftungen in Frage kommen, sowohl auf Anlegung, als Aufhebung der Haft, jedoch nur auf solche Verhaftungen, welche gemäß § 112 flg. der StPO. gegen Angeschuldigte verfügt werden. Unter Straffestsetzungen sind die Ordnungsstrafen zu verstehen, welche nach §§ 56, 96 des GVG. gegen Schöffen und Geschworene, welche sich ihren Obliegenheiten entziehen, sowie nach §§ 178, 179, 180 des GVG. wegen Verletzungen der Sitzungspolizei, nicht minder nach §§ 59, 60 der StPO. gegen Zeugen wegen unentschuldigten Ausbleibens, beziehentlich Verweigerung des Zeugnisses oder der Eidesleistung, ferner nach

*) So auch v. Schwarze, Comm. zur StPO. Anm. 1 zu § 347 S. 499 gegen Löwe, StPO., Anm. 3 zu § 347 3. Aufl. S. 614, welcher auch Entscheidungen des Vorsitzenden, weil derselbe das erkennende Gericht vertrete, unter die unanfechtbaren Entscheidungen des erkennenden Gerichts gerechnet wissen will.

**) Annalen des OLG. II. Band S. 298.

§ 77 der StPO. im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zu Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen, sowie nach § 69 der StPO. auch zu Erzwingung des Zeugnisses und nach § 95 als Zwangsmittel gegen Personen, welche einen als Beweismittel für die Untersuchung bedeutungsfähigen oder der Einziehung unterliegenden Gegenstand in Gewahrsam haben, im Falle der Weigerung zu dessen Vorlegung und Auslieferung verhängt werden können. Auf Beschluß der Justiz-Commission sind unter diejenigen Entscheidungen, bezüglich welcher in § 347 der StPO. die Regel der Anfechtbarkeit mittels Beschwerde wiederhergestellt wird, noch aufgenommen worden: „alle Entscheidungen durch welche dritte Personen betroffen werden.“ Diese Zusatzbestimmung soll sich im Sinne der Antragsteller*) auf Entscheidungen der erkennenden Gerichte beziehen, welche gegen Zeugen und Sachverständige gerichtet sind und diesen Personen das Beschwerderecht nicht nur gegen wirkliche Straffestsetzungen, sondern auch gegen blose Strafandrohungen sichern. Der erwähnte Zusatz greift jedoch über dieses Motiv bei Weitem hinaus und schafft einen Kreis von Entscheidungsfällen, welcher sich im Voraus nicht genau bestimmen läßt.

(Fortsetzung folgt.)

---

*) Prot. S. 533, in Hahn's Mat. I. S. 989.

Präjudizien.

Strafprozeßrecht.

1.

Sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft aus § 209 der StPO.

Beschluß des OLG. vom 21. April 1882 no. 181 V. A

Nach § 209 der StPO. steht der Staatsanwaltschaft gegen den Beschluß des Gerichts über die Eröffnung des Hauptverfahrens das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nur in den beiden Fällen zu, wenn entweder die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen worden ist. Keiner von diesen Fällen liegt hier vor. Vielmehr stimmt der Beschluß der Strafkammer des LG.'s C. Bl., wodurch das Hauptverfahren wider G. wegen vorsätzlicher Körperverletzung nach § 223 und 223a des StGB.'s vor der genannten Strafkammer eröffnet worden ist, mit dem hierauf gerichteten Antrage der Staatsanwaltschaft Bl. überein. Zwar hat die Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift Bl. die dem Angeklagten beigemessene Körperverletzung als eine gefährliche im Sinne von § 223a des StGB.'s in dreifacher Hinsicht bezeichnet, indem dieselbe erstens unter Anwendung gefährlicher Werkzeuge, sodann mittels eines hinterlistigen Ueberfalls und drittens mittels einer, das Leben gefährdenden Behandlung begangen worden sei, während der angefochtene Beschluß die beiden letzteren, durch die Ergebnisse der bisherigen Ermittelungen allerdings hinreichend beanzeigten Merkmale nicht ausdrücklich hervorhebt. Gleichwohl kann deshalb mit Rücksicht auf die sonstige Fassung des Beschlusses nicht angenommen

werden, daß der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens theilweise abgelehnt oder theilweise übergangen worden sei. Denn in dem mehrerwähnten Beschlusse ist die dem Angeklagten zur Last gelegte That, wegen deren das Hauptverfahren eröffnet wird, durch Bezugnahme auf die begleitenden Nebenumstände immerhin dergestalt individualisirt, daß die Identität derselben mit der, den Gegenstand der Anklage bildenden That nicht bezweifelt werden kann. Nicht minder werden durch diese Individualisirung in ausreichender Weise die thatsächlichen Unterlagen geboten, deren Erörterung in der künftigen Hauptverhandlung ein Urtheil darüber ermöglichen wird, ob ein hinterlistiger Ueberfall und eine das Leben gefährdende Behandlung stattgefunden habe. Die diesfallsigen Beweisergebnisse aber werden eine, der etwaigen Verurtheilung des Angeklagten zu Grunde zu legende Feststellung in den nurangegebenen Richtungen auch mit Rücksicht auf die Vorschriften in § 264 der StPO., unbeschadet des ungehinderten Fortganges der Hauptverhandlung, um so weniger ausschließen, als der Hinzutritt eines weiteren Erschwerungsgrundes im Sinne von § 223a des StGB.'s nur auf die Zumessung der Strafe innerhalb des gesetzlichen Strafmaßes von Einfluß sein würde und auf bloße Strafabmessungsgründe die Bestimmung in § 264 Abs. 2 der StPO. sich überhaupt nicht bezieht. Vgl.

v. Schwarze, Commentar zur StPO., S. 426 no. 6 zu § 264.

Die von der Staatsanwaltschaft gegen den obgedachten Beschluß erhobene sofortige Beschwerde war daher als unzulässig zu verwerfen.

2.

Dem Nebenkläger auf Buße steht gegen den, die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden oder den Angeschuldigten außer Verfolgung setzenden Gerichtsbeschluß das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht zu. (§ 437 Abs. 1, 441, 443, 444 Abs. 3 der StPO.)

Beschluß des OLG. vom 7. Juni 1882 zu no. 244 V. A.

Nachdem in Gemäßheit des von der Staatsanwaltschaft Bl. gestellten Antrags durch den Beschluß der Strafkammer Bl. der

Beschuldigte rücksichtlich des ihm beigemessenen Vergehens gegen § 18 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. vom 11. Juni 1870 außer Verfolgung gesetzt worden ist, haben die Nebenkläger, welche sich behufs Geltendmachung eines Anspruchs auf Buße der öffentlichen Klage angeschlossen haben, gegen die gedachte Entscheidung Bl. sofortige Beschwerde erhoben, welche den Zweck verfolgt, daß gegen den Beschuldigten das Hauptverfahren wegen des erwähnten Vergehens eröffnet werde.

Dieses Rechtsmittel konnte für zulässig nicht erachtet werden.

Nach § 437 Abs. 1 verb. mit 430 Abs. 1 der StPO. hat zwar im Allgemeinen der Nebenkläger die nämlichen Rechtsmittel, welche der Staatsanwaltschaft zustehen. Auch kann nach § 441 der StPO. der Nebenkläger sich der Rechtsmittel unabhängig von der Staatsanwaltschaft bedienen. Nicht minder wird in § 443 der StPO. das Befugniß, sich einer öffentlichen Klage nach den Bestimmungen in § 435 bis 442 als Nebenkläger anzuschließen, auch demjenigen zugesprochen, welcher berechtigt ist, die Zuerkennung einer Buße zu verlangen. In der Regel wird daher der Nebenkläger für berechtigt angesehen werden müssen, gegen einen, die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden Beschluß sofortige Beschwerde aus § 209 Abs. 2 der StPO. auch dann zu erheben, wenn die Staatsanwaltschaft bei demselben sich beruhigt. Hieran vermag auch der Umstand Nichts zu ändern, ob die Eröffnung des Hauptverfahrens, dem Antrage der Staatsanwaltschaft entsprechend, oder abweichend von demselben abgelehnt worden ist. Denn auch in dem ersteren Falle würde der Staatsanwaltschaft das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht zu versagen sein, da theils nach § 204 der StPO. das Gericht bei der Beschlußfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden ist, theils in § 209 Abs. 2 die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen den Beschluß, durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, nicht, wie in dem daneben stehenden Falle der Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung, an die Voraussetzung geknüpft wird, daß abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft entschieden worden sei. Allein die regelmäßigen Befugnisse des Nebenklägers in Beziehung auf den Gebrauch der

Rechtsmittel erleiden in dem Falle, wenn die Nebenklage nur die Zuerkennung eines Anspruchs auf Buße bezweckt, eine Beschränkung durch die Vorschrift in § 444 Abs. 3 der StPO., wonach der Antrag auf Zuerkennung einer Buße ohne weitere Entscheidung für erledigt gilt, wenn der Angeklagte freigesprochen oder das Verfahren eingestellt oder die Sache ohne Urtheil erledigt wird. Die Tragweite dieser Vorschrift ist unter den Commentatoren der StPO. bestritten, indem

Löwe, no. 6 zu § 444 S. 716, 717 ed. II.,

die Ansicht vertritt, daß auch der Nebenkläger auf Buße in allen Fällen befugt sei, behufs Erwirkung einer Bestrafung von dem zulässigen Rechtsmittel Gebrauch zu machen, während

Keller, no. 3 zu § 444,

der Meinung ist, daß der Antragsteller auf Buße kein Rechtsmittel gegen die Freisprechung oder Einstellung habe, vielmehr demselben das Recht, unabhängig von der Staatsanwaltschaft Rechtsmittel einzulegen, nur dann zustehe, wenn der Angeklagte zu Strafe verurtheilt, der Antrag auf Buße jedoch ganz abgewiesen oder nicht in vollem Umfange zugesprochen wurde. Der letzteren Meinung ist der Vorzug zu geben, weil sie dem rechtlichen Charakter der Buße und insbesondere der Auffassung, von welcher der Gesetzgeber bei Einführung der Nebenklage auf Buße über die rechtliche Natur der letzteren ausgegangen ist, besser entspricht. Es ist zwar streitig, ob die nach dem Vorgange der §§ 188 und 231 des StGB.'s in mehreren neueren Reichsgesetzen, insbesondere in § 18 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerkeu ꝛc. vom 11. Juni 1870, in § 15 des Gesetzes über Markenschutz vom 30. November 1874, in § 16 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste vom 9. Januar 1876, in § 9 des Gesetzes, betreffend den Schutz der Photographien vom 10. Januar 1876, in § 14 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen vom 10. Januar 1876 und in § 36 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 festgesetzte „Buße" lediglich als die im Strafverfahren liquidirte Entschädigung des Verletzten, oder — wie namentlich

v. Wächter, die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen, S. 17 flg.,

annimmt, — als eine Privatstrafe, welche zugleich den Schadenersatz vermittelt, angesehen werden müsse. Wie jedoch die letztere Auffassung wenigstens den obangezogenen neueren Reichsgesetzen fremd zu sein scheint, welche in gleichlautender Fassung bestimmen, daß auf eine an den Beschädigten zu erlegende Geldbuße „anstatt jeder aus dem Gesetze entspringenden Entschädigung" erkannt werden könne, und die Buße ausdrücklich als „Entschädigungsanspruch" bezeichnen, so sind auch im Anschlusse an die Ansicht des K. Preuß. Obertribunals, daß die strafrechtliche Buße keine Strafe, sondern nur eine Entschädigung an den Verletzten sei, vergl.

Goltdammer's Archiv, 23. Bd. S. 330 flg.,

die Motive zu § 367 des Entwurfs der StPO. (§ 443 des Gesetzes) S. 236 ausdrücklich davon ausgegangen, daß die Buße ihrer rechtlichen Natur nach nicht sowohl als Strafe, denn als Entschädigung aufzufassen sei. Will man aber die Buße als Privatstrafe betrachten, so bildet sie doch, wie namentlich aus der übereinstimmenden Fassung sowohl des StGB.'s als der obangezogenen späteren Reichsgesetze, daß auf dieselbe „neben der Strafe" erkannt werden könne, hervorgeht, eine Nebenstrafe. Die Buße besitzt daher, mag man dieselbe als bloßen Entschädigungsanspruch, oder als eine Nebenstrafe bezeichnen, jedenfalls einen accessorischen Charakter, welcher sich darin äußert, daß sie mit dem, wegen des den Anspruch auf Buße begründenden Delicts eingeleiteten Strafverfahren, als dessen Anhang sie nur auftritt, steht und fällt und nicht den Gegenstand einer selbständigen Strafverfolgung ausmachen kann, weil der bloße Anspruch auf Buße nicht, wie in den übrigen Fällen der Nebenklage (§§ 435, 467 der StPO.), das volle Strafverfolgungsrecht in sich faßt.

Mit dieser Auffassung steht auch Wortlaut und Sinn der Bestimmung in § 444 Abs. 3 der StPO., sowie deren Entstehungsgeschichte völlig im Einklange.

Der ganze § 444 der StPO. verdankt seine Entstehung den Anträgen der Justiz-Commission des Reichstags. Vgl.

Protokolle, S. 682, 1058.

Ueber den Sinn der Bestimmung im 3. Absatze geben die Commissions-

Berathungen keinen besonderen Aufschluß. Dagegen wird in dem Berichte der Justiz-Commission S. 100 bemerkt:

„Das Reichsstrafgesetzbuch und andere Reichsgesetze haben den Strafrichter ermächtigt, neben der Criminalstrafe auf Antrag des Verletzten auf eine an Letzteren zu zahlende Geldbuße zu erkennen. Das Verfahren, mittels dessen dieser Antrag geltend gemacht werden kann, ist bisher nicht näher bestimmt worden. Nicht minder sind bezüglich jener reichsgesetzlichen Vorschriften vielfache Controversen entstanden. Die Commission erachtete es für geboten, in der StPO. jene, das Verfahren betreffende Lücke auszufüllen und die wichtigeren Controversen mit zu erledigen. Die Vorschriften des Entwurfs über die Privatklage und die Nebenklage gewährten ein passendes Mittel, das Verfahren in gleichem Maße zu ordnen. Auf diesen Erwägungen beruhen die besonderen Vorschriften in § 347b flg. (§§ 444 — 446 des Gesetzes)."

Aus diesem Standpunkte der Commission würde aber die Vorschrift im 3. Abs. des § 444 eine recht unbedeutende und eigentlich selbstverständliche Bestimmung enthalten, wenn damit etwas Weiteres nicht hätte gesagt werden sollen, als daß es einer ausdrücklichen Entscheidung über die Buße nicht bedürfe, wenn das Verfahren über die Strafklage ohne ein auf Strafe lautendes Urtheil erledigt werde. Vielmehr geht der Sinn der gedachten Vorschrift dahin, daß in den in § 444 Abs. 3 vorausgesetzten Fällen der Anspruch auf Buße nicht weiter solle verfolgt werden können. Dafür spricht namentlich auch der Umstand, daß nach dem Vorschlage der Justiz-Commission der Schluß des 3. Absatzes des § 444 dahin lautete: „so gilt der Antrag ohne weitere Entscheidung für erloschen", in welcher Fassung der fragliche Absatz von der Commission auch angenommen wurde.

Protokolle, S. 682, 1058.

Ist nun auch in der Zusammenstellung des Entwurfs einer Strafprozeßordnung mit den Beschlüssen der Commission in zweiter Lesung S. 167 das Wort: „erloschen" mit: „erledigt" vertauscht worden, so kann doch hierin nur eine redactionelle Abänderung erblickt werden, wodurch der materielle Inhalt der Vorschrift nicht anders gestaltet werden sollte und konnte. In der Bezeichnung der Voraussetzungen

aber, unter welchen nach § 444 Abs. 3 der Antrag auf Zuerkennung einer Buße ohne weitere Entscheidung für erledigt gelten soll, wird zwischen den Fällen unterschieden, wo die Befreiung von Strafe durch Urtheil und ohne Urtheil festgestellt wird. Die Fälle: „wird der Angeklagte freigesprochen — oder das Verfahren eingestellt", entsprechen, wie namentlich auch daraus hervorgeht, daß die Einschaltung des letzteren Falles als eine redactionelle Aenderung in der dritten Berathung im Plenum des Reichstags angenommen wurde — stenographische Berichte, 1876, III. Bd. S. 991 —, den in § 259 der StPO. für das, die Hauptverhandlung abschließende Urtheil vorgeschriebenen Entscheidungsformeln, während unter der Voraussetzung, daß die Sache „ohne Urtheil erledigt wird", der Fall, wenn bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens das Gericht gemäß § 202 der StPO. beschließt, das Hauptverfahren nicht zu eröffnen oder den Angeklagten außer Verfolgung zu setzen, mit begriffen ist.

Aus diesen Gründen hat das OLG., wenn schon es in einem früheren gleichartigen Falle die gegentheilige Meinung befolgt hat, bei anderweiter Erwägung für die Ansicht sich entschieden, daß dem Nebenkläger auf Buße gegen den die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnenden oder den Angeschuldigten außer Verfolgung setzenden Gerichtsbeschluß das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nicht zustehe.

Verwaltungsstrafsachen.

1.

Prüfung der Rechtmäßigkeit von Polizeiverordnungen. (§ 6 des Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betreffend, vom 8. März 1879.) Uebertretung aus Fahrlässigkeit.

Urtheil des OLG. vom 22. März 1882 no. 7 V. B.

In einer unter dem 17. Juni 1880 an die Kreishauptmannschaften erlassenen, auch in

Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, I. Bd. S. 270 flg.,

abgedruckten Verordnung hat das Ministerium des Innern auf Grund eines von dem Landesmedicinalcollegium auf Erfordern abgegebenen Gutachtens eine Reihe von sanitätspolizeilichen Vorschriften aufgestellt, welche bei Verwendung pneumatischer Druckapparate beim Bierausschank zu beobachten seien. Den dispositiven Inhalt der nurgedachten Generalverordnung hat die Kreishauptmannschaft zu L. mittels Verordnung an sämmtliche Polizeibehörden des L.'er Regierungsbezirks vom 30. Juli 1880 — abgedruckt in dem Sächsischen Wochenblatt für Verwaltung und Polizei, als dem Verordnungsblatt der zuletzt genannten Behörde, no. 31 vom 4. August 1880, — zur öffentlichen Kenntniß gebracht und dabei die Polizeibehörden ihres Bezirks angewiesen, denjenigen Schänkstätteninhabern, welche sich pneumatischer Bierdruckapparate bedienen, die Beobachtung der vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln unter Androhung angemessener Strafen aufzugeben und darüber, daß dieser Anordnung nachgegangen werde, durch öftere Revisionen gehörige Aufsicht zu führen. Aus diesem Anlaß hat der Stadtrath zu L. ein in seinem Amtsblatte, den L.'er Nachrichten, am 30. Juni 1881 abgedrucktes ortspolizeiliches Regulativ, die Einrichtung und Reinhaltung der pneumatischen Bierdruckapparate in L. betreffend, vom 24. Juni 1881 erlassen.

In Punkt 3 der Eingangs gedachten Generalverordnung wird es als nothwendig bezeichnet, daß die Bierrohrleitungen mindestens aller acht Tage einmal gründlich gereinigt werden, um den in ihnen aus dem Biere sich allmählich absetzenden Schlamm zu entfernen. Für diesen Zweck werden zwei daselbst näher beschriebene Reinigungsmethoden empfohlen, unter welchen der Reinigung mittels Durchleitung von unter starkem Drucke stehendem Wasserdampf und durch Nachspülen von kochendem, später von kaltem Wasser, als der zuverlässigsten Methode, der Vorzug gegeben wird.

In § 8 des erwähnten Regulativs wird die letztere Reinigungsmethode für allein zulässig erklärt und vorgeschrieben, daß die Bierrohrleitungen mindestens aller acht Tage einmal einer Reinigung mittels Durchleitung von unter zwei bis drei Atmosphären Ueberdruck stehendem Wasserdampf und mittelst Nachspülens von kochendem,

später von kaltem Wasser, zu unterziehen seien. Hieran knüpft sich die weitere Vorschrift, daß die zur Reinigung anzuwendenden Apparate vom Rathe genehmigt, beziehentlich concessionirt sein müssen, und wird den Wirthen die Verpflichtung auferlegt, über die vorgenommenen Reinigungen ihrer Bierleitungen ein Revisionsbuch zu halten und dem Rathe auf Verlangen vorzulegen, in welches gültige Einträge nur durch vom Rathe verpflichtete Personen gemacht werden dürfen.

In weiterer Ausführung des Regulativs hat endlich der Stadtrath zu L. laut Bekanntmachungen durch das Amtsblatt vom 23. und 30. Juni 1881

a) den von B. gehaltenen Neddermann'schen Dampfreinigungsapparat und

b) den von dem Dampfkesselfabrikanten B. angefertigten Dampfreinigungsapparat zur Bewirkung der in § 8 des Regulativs vorgeschriebenen Reinigung der Bierrohrleitungen an den pneumatischen Bierdruckapparaten concessionirt und die genannten Personen nebst ihren Maschinenführern zur Besorgung gültiger Einträge über vorschriftmäßig vorgenommene Reinigungen in die Revisionsbücher in Pflicht genommen.

Auf Grund der in § 12 des mehrangezogenen Regulativs enthaltenen Strafbestimmung, wonach Schänkwirthe, welche bei Benutzung pneumatischer Bierdruckapparate den Vorschriften desselben zuwiderhandeln, für jeden Fall mit Geldstrafen bis zu 150 Mk. oder entsprechender Haft belegt werden sollen, ist gegen zwölf Restaurateure zu L., welche sich bei dem Betriebe ihrer Restaurationen pneumatischer Bierdruckapparate bedient haben, wegen Zuwiderhandlung gegen besagtes Regulativ Strafverfolgung mit dem Erfolge eingeleitet worden daß nach Maßgabe des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils zehn Angeklagte mit Geldstrafen von verschiedener Höhe belegt, zwei dagegen endgültig freigesprochen worden sind.

Die verurtheilten zehn Angeklagten haben gegen das Berufungsurtheil Revision eingelegt.

Gegen die Beschwerdeführer wird in dem angefochtenen Urtheile festgestellt, daß in den von ihnen zu L. betriebenen Restaurationen an den Bl. benannten Tagen des Jahres 1881 auf Anordnung des

L.'er Stadtraths durch Rathsdiener Revisionen, bestehend in Einsichtnahme in die Revisionsbücher der Angeklagten, stattgefunden, wobei die Revisionsbücher, da entsprechende Einträge fehlten, ergeben haben, daß, — wie dies auch der Wirklichkeit entspreche, — in jedem Revisionsfalle innerhalb einer ganzen Woche vom Tage jedes Falles zurückgerechnet eine vorschriftmäßige Reinigung (d. h. mit einem der beiden concessionirten Reinigungsapparate) nicht bewirkt worden sei. Daneben wird zwar Bl. ausgesprochen, daß die Behauptung der Angeklagten: sie hätten zu den in Betracht kommenden Zeiten ihre pneumatischen Bierdruckapparate, soweit es nicht auf regulativmäßige Weise geschehen, auf andere Art rein gehalten, nicht widerlegt sei. Diese Behauptung wird jedoch für unerheblich erachtet, weil eine Bestrafung auf Grund des Regulativs wegen unterlassener regulativmäßiger Reinigung nicht dadurch abgewendet werden könne, daß auf andere Weise gereinigt worden sei. Die der Bestrafung zu Grunde gelegte Zuwiderhandlung wird also nicht darin gefunden, daß die Angeklagten zu den maßgebenden Zeitpunkten ihre Bierdruckapparate überhaupt nicht gereinigt, sondern lediglich darin, daß sie die Reinigung nicht mit einem der beiden vom Stadtrathe concessionirten Apparate durch deren Inhaber oder einen Stellvertreter derselben haben bewirken lassen. Diese Zuwiderhandlung wird nur bezüglich des Angeklagten K. Bl. als eine vorsätzliche bezeichnet dagegen hinsichtlich der übrigen unter den Beschwerdeführern befindlichen Angeklagten, mit Ausnahme P.'s, auf Fahrlässigkeit unter näherer Angabe der thatsächlichen Momente, woraus dieselbe zu folgern sei, zurückgeführt, während in Betreff des genannten P. das Urtheil sich darüber, ob die ihm beigemessene Zuwiderhandlung gegen § 8 des Regulativs auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhe, überhaupt nicht ausspricht.

Die Revision wird darauf gestützt, daß

1. die materielle Rechtsgültigkeit derjenigen Bestimmnng des Regulativs, gegen welche die bestrafte Zuwiderhandlung gerichtet ist, und

2. die rechtliche Zulässigkeit der Bestrafung einer solchen Zuwiderhandlung aus Fahrlässigkeit bestritten wird.

Nach § 6 des Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betreffend, vom 8. März 1879 sind die Gerichte, wenn Strafandrohungen

der Polizeibehörden die Rechtsnorm bilden, auf welche eine Strafverfolgung gegründet wird, so berechtigt wie verpflichtet, zu prüfen, ob die im gegebenen Falle in Betracht kommende Strafandrohung von der zuständigen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen worden sei. Diese Prüfung hat sich nicht blos auf die sachliche Zuständigkeit der Polizeibehörde zum Erlaß der fraglichen Verordnung und die Beobachtung der Vorschriften, an welche ihre formelle Gültigkeit gebunden ist, sondern auch auf die Vereinbarkeit derselben mit den Reichs- und Landesgesetzen sowie sonstigen allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu erstrecken. In der ersteren Hinsicht kann die sachliche Zuständigkeit des Stadtraths zu L. zum Erlasse des obgedachten Regulativs mit Rücksicht auf die Bestimmungen in § 101 der Revidirten Städteordnung vom 24. April 1873 ebensowenig bezweifelt werden, als die gehörig erfolgte Bekanntmachung desselben, indem es, wie festgestellt worden, gemäß der Vorschrift in § 9 des Gesetzes, die künftige Einrichtung der Behörden erster Instanz für Rechtspflege und Verwaltung betreffend, vom 11. August 1855, in dem Amtsblatte des Stadtraths zu L. zum Abdruck gelangt ist. Ob auch der Vorschrift in § 102 der Revidirten Städteordnung nachgegangen worden sei, wonach Regulative oder sonstige allgemeine Anordnungen in polizeilichen Angelegenheiten, welche mehr als die bloße Ausführung gesetzlicher Vorschriften enthalten, sofort bei ihrem Erlasse zur Kenntniß des Kreishauptmanns zu bringen sind, ist von den Vorinstanzen zwar nicht festgestellt worden. Indessen würde, selbst wenn diese Vorlegung des Regulativs an die nächste Aufsichtsbehörde unterlassen worden wäre, hierdurch die formelle Gültigkeit des Regulativs nicht beeinträchtigt werden, da jene Vorschrift nur reglementärer Natur ist und die Beobachtung derselben nicht als eine Bedingung für die Gültigkeit derartiger Regulative vom Gesetz bezeichnet wird. Es kann sich daher nur fragen, ob, nachdem das Ministerium des Innern in der Eingangs gedachten Generalverordnung nur die periodische gründliche Reinigung der Bierrohrleitungen an pneumatischen Bierdruckapparaten überhaupt verlangt und zwei Reinigungsmethoden, ohne dieselben für obligatorisch zu erklären, als zweckentsprechend empfohlen, auch die Kreishauptmannschaft zu L. die Polizeibehörden ihres Bezirks nur dahin angewiesen hatte, den betheiligten Schänkwirthen die Beobachtung

der in jener Generalverordnung bezeichneten Vorsichtsmaßregeln unter Strafandrohung aufzugeben, der Stadtrath zu L. berechtigt gewesen sei, in § 8 des mehrerwähnten Regulativs die Reinigungsmethode mittels Durchleitung von, unter starkem Druck stehendem Wasserdampf und durch Nachspülen von kochendem, später von kaltem Wasser für obligatorisch, sowie die Reinigung selbst nur mittels von ihm genehmigter, beziehentlich concessionirter Apparate für zulässig zu erklären und die Wirthe zur Haltung von Revisionsbüchern mit der Bestimmung zu verpflichten, daß der Beweis vorschriftmäßig erfolgter Reinigung nur durch Einträge der verpflichteten Concessionare in diese Revisionsbücher erbracht werden könne. Es mag zugegeben werden, daß durch Aufstellung dieser Bestimmungen das Regulativ über den Inhalt der Verordnungen des Ministerium des Innern und der Kreishauptmannschaft, als deren Ausführung dasselbe seiner Entstehung nach sich darstellt, hinausgegangen ist. Allein die nurgedachten Verordnungen bilden nicht die ausschließliche rechtliche Unterlage für das Vorgehen des Stadtraths. Vielmehr wäre derselbe auch abgesehen von der durch die oberen Verwaltungsbehörden gegebenen Anregung berechtigt gewesen, darüber, unter welchen Bedingungen aus dem Standpunkte der Gesundheitspolizei innerhalb seines Bezirks die Verwendung pneumatischer Druckapparate bei dem Bierausschank zu gestatten sei, selbständig Bestimmung zu treffen und den Inhabern solcher Apparate aus sanitären Gründen gebotene Vorschriften über die Ausübung ihres Gewerbebetriebs in dieser Richtung zu ertheilen. Denn nach § 101 der Revidirten Städteordnung steht dem Stadtrathe die Verwaltung der Ortspolizei in vollem Umfange und lediglich mit dem Vorbehalte der Aufsicht der Staatsregierung zu. Die Ortspolizei umfaßt aber alle Zweige des Polizeiwesens, insbesondere auch die Gesundheitspolizei. Die Unbeschränktheit der Polizeigewalt des Stadtraths einer Stadt, welche ihre Verfassung nach den Vorschriften der Revidirten Städteordnung geregelt hat, ergiebt sich namentlich aus einer Vergleichung der angezogenen Gesetzesstelle mit § 12 der Städteordnung für mittlere und kleine Städte vom 24. April 1873 und § 74 der Revidirten Landgemeindeordnung von dem nämlichen Tage, woselbst dem Bürgermeister und beziehentlich dem Gemeindevorstand die Verwaltung der Ortspolizei nur in gewissen, ausdrücklich be-

zeichneten Angelegenheiten übertragen wird, während § 101 der Revidirten Städteordnung eine solche Beschränkung nicht kennt. Die Unzulässigkeit einer Beschränkung der Inhaber pneumatischen Bierdruckapparate auf den Gebrauch obrigkeitlich genehmigter oder concessionirter Reinigungsapparate kann auch nicht daraus gefolgert werden, daß in einer neuerdings unter dem 6. October 1881 über das bei Revision der pneumatischen Bierdruckapparate einzuhaltende Verfahren erlassenen, in

Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung 3. Bd. S. 34 flg.

mitgetheilten Generalverordnung das Ministerium des Innern am Schlusse sich dahin ausgesprochen hat, daß von Beauftragung der zu den Revisionen zu engagirenden Sachverständigen auch mit der, vorschriftmäßig aller acht Tage vorzunehmenden Reinigung der Bierdruckapparate abzusehen sei, da das Reinigungswerk, wie es vorgeschrieben, eine so einfache Procedur sei, daß seine genügende Vornahme von jedem Apparatinhaber ausgeführt, und daher auch von den betreffenden Polizeibehörden selbst durch persönliche Gegenwart bei dem Reinigen gehörig controlirt werden könne. Höchstens könnten aus diesen Erwägungen Bedenken gegen die Nothwendigkeit oder Zweckmäßigkeit der auf die Modalität der Reinigung der Bierdruckapparate und die Revision dieser Reinigung bezüglichen Bestimmungen des Regulativs abgeleitet werden. Allein nach dieser Richtung unterliegt nach § 6 des obangezogenen Gesetzes vom 8. März 1879 eine Polizeiverordnung in Verwaltungsstrafsachen nicht dem Urtheile der Gerichte. Auch mit Gesetzen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen stehen die als unzulässig angefochtenen Bestimmungen des Regulativs nicht in Widerspruch. Unerheblich ist namentlich der Einwand des Vertheidigers, daß die nach § 8 des Regulativs beschlossene Einführung concessionirter Reinigungsapparate gegen § 1 der Reichsgewerbeordnung verstoße, indem dadurch Concessionen, ja in gewisser Beziehung Zwangs- und Bannrechte geschaffen würden, welche in der Gewerbeordnung nicht vorgesehen seien. Denn durch die vorgeschriebene Anwendung concessionirter Reinigungsapparate wird keineswegs anderen Gewerbtreibenden, als den Concessionaren, die Ausführung der Reinigung von Bierdruckapparaten untersagt, sondern nur ihrer gewerblichen

Leistung nicht die Wirkung beigelegt, den Anforderungen zu genügen, welche der Stadtrath an das Reinigungswerk aus sanitätspolizeilichen Rücksichten stellen zu müssen glaubt.

Die obengendachte erste Revisionsbeschwerde kann daher nicht für begründet erachtet werden.

Dagegen beruht das angefochtene Urtheil, insoweit die Bl. unter a und Bl. unter c benannten acht Angeklagten wegen fahrlässiger Zuwiderhandlung gegen § 8 des oftterwähnten Regulativs bestraft worden sind, auf rechtsirrthümlicher Auffassung des Begriffs der strafbaren Fahrlässigkeit und auf unrichtiger Auslegung der in Betracht kommenden Strafnorm des Regulativs.

Das Reichs-StGB., dessen erster, von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen im Allgemeinen handelnder Theil zweifellos auch auf die Aburtheilung polizeilicher Uebertretungen Anwendung leidet, bestimmt zwar keineswegs, daß die Fahrlässigkeit nur in den vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobenen Fällen strafbar sein solle, sondern stuft nur in gewissen Fällen die Strafe ab, je nachdem die Verschuldung des Thäters auf Vorsatz oder nur auf Fahrlässigkeit beruht. Es ist daher aus den einzelnen Strafbestimmungen selbst zu entnehmen, welcher Art die Willensrichtung des Thäters gewesen sein müsse, um die Anwendung des Strafgesetzes zu begründen. Auch bei Uebertretungen überhaupt und insbesondere solchen, welche in das Gebiet des polizeilichen Unrechts fallen, ist es von der Fassung oder Auslegung der Strafnorm abhängig, ob auch ein fahrlässiges Handeln gegen dieselbe verstoße. Im Allgemeinen beruht aber die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit in strafrechtlichem Sinne darauf, daß durch eine an sich nicht strafbare Begehungs- oder Unterlassungshandlung ein nicht gewollter rechtsverletzender Erfolg verursacht worden ist und setzt daher eine Ablösbarkeit des Erfolgs von der Handlung voraus. Nun wird zwar auf dem Gebiete der Polizeigesetzgebung bei Bestrafung der Fahrlässigkeit auch schon die Beziehung der Handlung auf einen nur möglichen, wenn auch nicht eingetretenen, rechtsverletzenden Erfolg in Betracht gezogen. Allein hierin besteht auch das geringste Maß der Anforderungen, welche an die Zulässigkeit der Bestrafung einer fahrlässigen Handlung zu stellen sind. Eine strafbare Fahrlässigkeit erfordert daher unter allen Umständen

eine Beziehung der als strafwürdig in Frage gelangenden Handlung oder Unterlassung auf einen wirklichen oder doch möglichen schädlichen Erfolg. Hiervon machen auch polizeilich strafbare Unterlassungen keine Ausnahme. Soll hier, wie häufig angenommen wird, das Unterlassen schon insoweit zur Bestrafung gezogen werden können, als es in bloßer Unachtsamkeit auf die polizeiliche Vorschrift seinen Grund hat, so muß wenigstens das durch Unterlassung verletzte Gebot des Handelns, wie z. B. in den Fällen des § 368 unter Ziffer 2 und 4 des StGB.'s, auf dem thatsächlich begründeten Motive beruhen, dadurch einen möglichen schädlichen Erfolg zu verhüten.

Bei Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall erscheint aber die Bestrafung der oben genannten Angeklagten wegen Zuwiderhandlung aus Fahrlässigkeit unstatthaft. Dieselben werden nicht deshalb bestraft, weil sie ihre pneumatischen Bierdruckapparate innerhalb des vorgeschriebenen Zeitraums überhaupt nicht oder auch nur nicht mittels der in § 8 des Regulativs gebotenen Durchleitung von Wasserdampf mit nachfolgendem Nachspülen von Wasser gereinigt haben, indem vielmehr das Urtheil in dieser Beziehung sogar eine Unterlassung nicht für erwiesen hält, sondern deshalb, weil sie bei der Reinigung ihrer pneumatischen Bierdruckapparate sich nicht des einen oder des andern der vom Stadtrathe genehmigten und concessionirten Reinigungsapparate bedient haben. Die Rechtsnorm, welche durch die für strafbar befundene Unterlassung für verletzt erachtet wird, besteht demnach in dem Gebote des Regulativs, daß in L. alle Schankstätteninhaber, welche sich bei dem Bierausschanke pneumatischer Druckapparate bedienen, die Reinigung der letzteren lediglich mittels eines der vom Stadtrathe concessionirten Apparate bewirken lassen sollen. Nun könnte es zwar, weil die in § 12 des Regulativs enthaltene Bedrohung der Schänkwirthe, welche bei Benutzung pneumatischer Bierdruckapparate den Vorschriften des Regulativs zuwider handeln, mit Strafen ganz im Allgemeinen aufgestellt und nicht auf vorsätzliche Zuwiderhandlungen beschränkt wird, den Anschein gewinnen, als ob ein Zuwiderhandeln gegen das oberwähnte Gebot auch dann zur Bestrafung gezogen werden müsse, wenn dasselbe nur auf Fahrlässigkeit beruht. Eine solche Auslegung der in Frage

kommenden Strafbestimmung erscheint jedoch, zugleich in Betracht, daß die an der angezogenen Stelle angedrohten Strafen auch nicht als bloße Ordnungsstrafen angesehen werden können, unzulässig, weil sie mit den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen über die Bestrafung fahrlässiger Unterlassungen in Widerspruch treten würde. Sollte hiernach die fragliche Unterlassung zur Bestrafung gezogen werden können, so müßte sie entweder an sich von solcher Beschaffenheit sein, daß dadurch ein rechtsverletzender Erfolg wenigstens herbeigeführt werden konnte, oder doch das durch Unterlassung verletzte polizeiliche Gebot des Handelns auf dem thatsächlich begründeten Motive beruhen, einem möglichen schädlichen Erfolge vorzubeugen. Keine dieser Voraussetzungen liegt erkennbar vor. Wenn auch dem in § 8 des Regulativs ausgesprochenen Gebote der regelmäßigen Reinigung der pneumatischen Bierdruckapparate offenbar die Erwägung zu Grunde liegt, daß bei unterbleibender Reinigung der Genuß des mittels solcher Apparate verschänkten Bieres leicht gesundheitsgefährliche Wirkungen hervorbringen könne, und daher bei fahrlässiger Unterlassung der Reinigung überhaupt eine Beziehung der Unterlassung auf die Möglichkeit eines rechtsverletzenden Erfolgs nicht zu vermissen sein würde, so ist doch weder schon an und für sich in der Thatsache, daß bei der Reinigung der von den oben genannten Angeklagten im Betriebe ihrer Restaurationen benutzten pneumatischen Bierdruckapparate keiner der vom Stadtrathe concessionirten Reinigungsapparate verwendet worden ist, ein rechtsverletzender Erfolg enthalten, noch läßt das vorige Urtheil erkennen, inwiefern etwa aus dieser Thatsache die Befürchtung entnommen worden sei, daß nach einer andern Richtung hin ein rechtsverletzender Erfolg habe hervorgerufen werden können. Namentlich liegt auch kein Anhalt dafür vor, daß der Zweck einer gründlichen Reinigung der pneumatischen Bierdruckapparate ausschließlich oder doch am zuverlässigsten durch Anwendung eines der beiden concessionirten Reinigungsapparate erreicht werde. Vielmehr scheint von dem Stadtrathe die Benutzung der von ihm concessionirten Reinigungsapparate und die Bescheinigung der auf diese Weise erfolgten Reinigung durch Einträge in die von den Wirthen zu haltenden Revisionsbücher nur deshalb angeordnet worden zu sein, um die Nothwendigkeit einer Revision der Reinhaltung der Bierdruckapparate durch Sachverständige zu ersparen.

Wenn demnach nicht angenommen werden kann, daß die den oben bezeichneten acht Angeklagten zur Last gelegte Fahrlässigkeit der Bestrafung unterliege, auch nicht abzusehen ist, daß und inwiefern etwaige weitere thatsächliche Erörterungen ein anderes Ergebniß herbeizuführen vermöchten, so waren jene acht Angeklagten in Beachtung der von ihnen eingelegten Revision gemäß § 394 der StPO. des ihnen Beigemessenen halber frei zu sprechen.

Dagegen vermochten vorstehende Erwägungen auf die Beurtheilung K.'s keinen Einfluß zu äußern, da gegen diesen Angeklagten nach Bl. Vorsätzlichkeit der Zuwiderhandlung gegen das Regulativ ausdrücklich festgestellt worden ist, vorsätzliche Nichterfüllung der in § 8 des Regulativs ertheilten Vorschriften aber ohne alle Rücksicht auf den Eintritt oder die Möglichkeit eines rechtsverletzenden Erfolgs unter die Strafandrohung des § 12 fällt, wobei der vorigen Instanz auch darin beizupflichten ist, daß nach dem Sinne des Regulativs eine Bestrafung wegen unterlassener Reinigung nach Maßgabe der in § 8 ertheilten Vorschriften nicht dadurch ausgeschlossen werden soll, daß auf andere Weise gereinigt worden ist.

Es war daher die Revision des zuletzt genannten Angeklagten zu verwerfen.

Anlangend endlich den Angeklagten P., so wird durch die auf denselben bezügliche Feststellung Bl., daß er längere Zeit vor dem 5. September 1881, als dem ihn betreffenden Revisionstage, keine Veranstaltung getroffen habe, daß regulativmäßig gereinigt werde, der Thatbestand einer nach § 12 des Regulativs strafbaren Zuwiderhandlung gegen § 8 deshalb nicht gedeckt, weil nicht festgestellt ist, ob dieselbe auf Vorsatz oder auf Fahrlässigkeit beruht habe, wozu um so dringendere Veranlassung vorlag, als die erste Instanz nach Bl. auch zu Gunsten dieses Angeklagten angenommen hatte, daß die von ihm unterlassene vorschriftmäßige Reinigung seines Bierdruckapparates nicht in einer darauf hinausgehenden Absicht ihren Grund habe. Rechtsirrthümlich aber würde es sein, wenn angenommen werden wollte, daß der Thatbestand polizeilicher Uebertretungen überall schon durch die That in ihrer äußeren Erscheinung begründet werde, und es daher bei solchen Uebertretungen der Gewißheit darüber, ob Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit zu Grunde liege, wenn nicht die

eine oder die andere ausdrücklich als Thatbestandserforderniß bezeichnet wird, überhaupt nicht bedürfe, indem vielmehr auch Uebertretungen unter den allgemeinen Grundsätzen stehen, nach welchen sich die Zurechnung einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung zur Verschuldung regelt.

Es war daher in Ansehung des Angeklagten P. neben entsprechender Aufhebung des Urtheils sammt seinen bezüglichen Feststellungen die Sache Behufs Ergänzung obiger Lücke der Feststellungen zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die vorige Instanz zurückzuverweisen.

Ueber die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung; §§ 186 bis 189 der CPO.

Vom Oberappellationsrath **Klemm.**

Bei der großen Beweglichkeit der Bevölkerung in unserer Zeit erlangen für das Rechtsleben auch die gesetzlichen Vorschriften über die öffentliche Zustellung besondere Bedeutung. Der Verfasser gestattet sich daher, nachstehende, wie er glaubt die Hervorhebung der wichtigsten, bei jener Zustellungsart in Betracht kommende Erwägungen, den Herrn Praktikern zu unterbreiten.

Die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung, sogenannte öffentliche Zustellung, von welcher die §§ 186 bis 189 der CPO. handeln, ist nur aushülfsweise, in bestimmten Nothfällen nachgelassen, in welchen keine der übrigen in der CPO. geordneten Arten der Zustellung ausführbar erscheint.*) Die Nothfälle werden in § 186 so gekennzeichnet:

A. wenn der Aufenthalt einer Partei, welcher zugestellt werden soll, unbekannt ist;

B. wenn die Zustellung im Auslande zu bewirken ist und die Befolgung der für diese Zustellung bestehenden Vorschriften entweder

a. unausführbar ist oder

b. keinen Erfolg verspricht.

In der folgenden Darstellung wird der Kürze halber die Bezeichnung Requisit für denjenigen gebraucht werden, welchem zugestellt werden soll, obwohl auf Letzteren diese Bezeichnung dem Wortsinne nach nur dann genau paßt, wenn die Zustellung auf Betreiben einer Partei — nicht von Amtswegen — zu erfolgen hat.

Da nach den herrschenden bürgerlichen und socialen Verhältnissen nicht vermuthet werden kann, daß der Aufenthalt einer

*) Zu vergl. die Motiven zc. (Kortkampf'sche Ausgabe) S. 453.

Partei, hinsichtlich welcher sich eine Zustellung in prozessualischem Sinne nöthig macht, unbekannt sei, so muß vor Allem derjenige, welcher die Obliegenheit hat, eine Zustellung zu betreiben, dafern es im Falle unter A. zur öffentlichen Zustellung kommen soll, dem Prozeßgerichte, von dessen Bewilligung die vom Betreibenden zu beantragende öffentliche Zustellung abhängt, (§ 187 der CPO) in der Regel den speziellen Nachweis liefern, daß der Aufenthalt des Requisiten unbekannt sei. Auch dieser Nachweis kann jedoch dem Betreibenden dadurch erspart werden, daß die Unbekanntschaft des Aufenthalts des Requisiten beim Prozeßgerichte offenkundig (notorisch) ist. Denn nach der Fassung des § 186, wonach im Falle unter A. die öffentliche Zustellung erfolgen „kann", im Falle unter B. für „zulässig" erklärt wird, ist jedenfalls (zu vergl. die Protokolle der Justizcommission S. 72) auch die hier sich bietende Beweisfrage nach dem in der CPO. überhaupt zur Herrschaft gelangten Principe der freien Beweiswürdigung Seiten des Gerichtes zu lösen (§ 259 der CPO.). Dies aber festgehalten, wird sich das Gericht, welches zu entscheiden hat, ob der Aufenthalt des Requisiten für unbekannt zu gelten habe oder nicht, auch Dem nicht entziehen können, die ihm offenkundige Natur der für die behauptete Unbekanntschaft des Aufenthalts des Requisiten angeführten Thatsachen, selbst von Amtswegen, mit in die Wagschale zu legen. Es gehört hierher namentlich das sogenannte Latitiren des Schuldners, das sich versteckt Halten desselben, um die Geltendmachung wider ihn laufender, rechtlicher Verbindlichkeiten zu vereiteln.

Daß nur Demjenigen der Aufenthalt des Requisiten unbekannt sei, welcher die Zustellung betreibt, reicht nicht aus, um die öffentliche Zustellung zu rechtfertigen; es liegt bei einer solchen Gestaltung noch nicht der von der CPO. vorausgesetzte Nothfall vor; vielmehr muß ein solcher Sachstand vorhanden sein, bei welchem, objectiv, es überhaupt an genügend bestimmter Nachricht über den Aufenthalt des Requisiten gebricht. Soweit die Notorietät dem Betreibenden nicht zu Hülfe kommt, wird er dem Gerichte darzuthun haben, daß geeignete Nachforschungen seinerseits nicht zum Ziele geführt haben; Zeugnisse von Gemeindeobrigkeiten und

Polizeibehörden werden hierbei hauptsächlich in Anwendung zu kommen haben. Es bedarf nicht der formellen Beweisführung, wie sie nach § 255, 320 flg. der CPO. Seiten der Prozeßpartei hinsichtlich der das Streitverhältniß betreffenden relevanten thatsächlichen Parteibehauptungen zu führen ist; auch unter den Fällen, in welchen die in der CPO. § 266 ihren Erfordernissen nach näher bezeichnete Glaubhaftmachung einzutreten hat, findet sich die hier in Betracht kommende Nachweisung nicht aufgeführt; es reicht also jede Bekundung aus, auf welche hin das Prozeßgericht nach seinem freien, pflichtmäßigen Ermessen die Ueberzeugung von der Wahrheit der einschlagenden, thatsächlichen Umstände gewinnt. Nach Befinden wird Letzteres daher auch eidliche Bestärkung bestimmter factischer Behauptungen vom Betreibenden zu fordern und die Bewilligung der öffentlichen Zustellung von der Eidesleistung abhängig zu machen unbehindert sein.

Wäre zwar zur Zeit der Zustellung unbekannt, wo sich der Requisit gerade persönlich aufhält, stände aber fest, daß er eine Wohnung, bez. ein Geschäftslokal inne habe, so kann zur öffentlichen Zustellung noch nicht gelangt werden. Es ist vielmehr dann die in den §§ 166 flg. der CPO. gedachte Ersatzzustellung beanzeigt, durch welche ebenmäßig der für die öffentliche Zustellung allein vorausgesetzte Nothfall ausgeschlossen erscheint. Das Gesetz hält auch von dem hier in Betracht kommenden prozessualischen Gesichtspunkte aus fest, daß die Wohnung, bez. das Geschäftslokal den Aufenthalt des Requisiten anzeige und betrachtet die Abwesenheit desselben aus diesen Lokalitäten zur Zeit der Zustellung dann als eine nur zeitweilige, für die Ausführung der Zustellung einflußlose, wenn in diesen Lokalitäten die in §§ 166 flg. gedachten Ersatzpersonen angetroffen werden, bez. wenn sich das in § 167 vorgezeichnete besondere, neben der an der Wohnungsthüre vorzunehmenden Befestigung der in § 167 gedachten Anzeige zu beobachtende Verfahren ausführen läßt. Anderer Meinung in dieser Hinsicht ist Gaupp: die CPO. zu § 186 S. 484. Derselbe nimmt an, es könne, wenn der „Aufenthalt" des Requisiten unbekannt, die Ersatzzustellung mit der öffentlichen Zustellung concurriren. Unter „Aufenthalt" scheint hier die Präsenz des betreffenden Individuums

zur Zeit der Zustellung verstanden zu werden. Gaupps Annahme möchte mit der Beschränkung der öffentlichen Zustellung auf die Nothfälle des § 186 kaum vereinbar seien. Die Frage: ob Jemand eine Wohnung, bez. ein Geschäftslokal habe, wird durch die CPO. nicht berührt; sie muß im einzelnen Falle nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes entschieden werden. Ist ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden, an welchen nach § 162 der CPO. die Zustellung erfolgen muß, so ist zur öffentlichen Zustellung wegen Unbekanntschaft des Aufenthalts der Partei ebensowenig zu gelangen. wie wenn die Partei einen Generalbevollmächtigten, Procuristen oder einen Zustellungsbevollmächtigten bestellt hat, an welche nach §§ 159, 160 der CPO. die Zustellung bewirkt werden kann, denn hier ist der für die öffentliche Zustellung erforderliche Nothfall ebenmäßig nicht vorhanden. Aus gleichem Grunde werden umgekehrt, wenn der Prozeßbevollmächtigte sich von seinem bisherigen Aufenthaltsorte entfernt hat und der neue Aufenthaltsort desselben unbekannt ist, wie auch dann, wenn im Anwaltsprozesse der Anwalt einer Partei stirbt oder die Vertretung derselben fortzuführen unfähig wird nnd bei Verzögerung der Anzeige der erfolgten Bestellung eines neuen Anwalts Seiten des Letzteren, das in § 221 Abs. 2 der CPO. vorgezeichnete Verfahren stattfinden soll, die erforderlichen Zustellungen, dafern nur die Wohnung der Partei bekannt ist, an diese selbst, bez. durch Aufgabe zur Post zu erfolgen haben, ohne daß zur öffentlichen Zustellung zu gelangen wäre.

Da die CPO. die materiell-gesetzlichen Vorschriften über die Bevormundung Abwesender nicht berührt hat,*) wird im einzelnen Falle darauf zu achten sein, ob derselbe darnach angethan sei, daß, sei es auf Antrag des Betreibenden oder eines sonst Betheiligten, sei es von Amtswegen, für den Requisiten ein Abwesenheitsvormund bestellt werde, an welchen dann, als an des Requisiten gesetzlichen Vertreter, die Zustellung zu bewirken sein wird (§ 157 der CPO.). Jedenfalls wird aber die Entscheidung der Frage: ob zur Anlegung einer Abwesenheitsvormundschaft zu gelangen, dem zuständigen Vormundschafts-Richter anheim fallen, welcher

*) Zu vergl. die Motiven (Kortkampf'sche Ausgabe) S. 453 flg.

dabei nur das von ihm wahrzunehmende vormundschaftliche Interesse im Auge zu behalten haben wird. Wäre von diesem Gesichtspunkte aus nicht zur Bestellung eines Abwesenheitsvormundes zu gelangen, so hätte dieselbe zu unterbleiben und es würde dann zur öffentlichen Zustellung verschritten werden können.

Nicht zu verwechseln mit dem hier gedachten Falle sind die in § 55 der CPO. vorgesehenen Fälle, in welchen dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts die Verpflichtung auferlegt, bez. die Befugniß eingeräumt ist, einer mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehenen, nicht prozeßfähigen Person, welche verklagt werden soll, unter den in diesem § gedachten besondern Voraussetzungen, bis zum Eintritte des gesetzlichen Vertreters, einen besondern Vertreter, sogenannten Litiscurator, zu bestellen. Bei diesen Fällen hat der Gesetzgeber solche parteifähige Rechtssubjecte vor Augen, welchen die Fähigkeit, vor Gericht zu stehen, (legitima persona standi in judicio) von Haus aus überhaupt fehlt (§ 157, 169 der CPO.) und welche daher niemals anders, als durch sie vertretende physische Personen vor Gericht ihre Willenserklärungen abgeben können. Hierzu aber gehören Diejenigen nicht, welchen lediglich wegen Unbekanntschaft ihres Aufenthaltes nicht zugestellt werden kann.

Der oben unter B. gedachte Fall hat zur Voraussetzung, daß diejenigen gesetzlichen Vorschriften, welche für eine im Auslande, mithin außerhalb des Gebietes des Deutschen Reiches, zu bewirkende Zustellung ertheilt sind, im gegebenen Falle nicht als ausführbar sich darstellen oder daß eine diesen Vorschriften gemäß bewirkte Zustellung keinen Erfolg verspricht. Nurgedachte Vorschriften finden sich in den §§ 182 bis 185 der CPO. Daneben werden noch die instructionellen und reglementären Vorschriften in Betracht zu kommen haben, welche mit Rücksicht auf die mit ausländischen Staaten geschlossenen, die Leistung der Rechtshülfe betreffenden Staatsverträge existiren. (Zu vergl. die K. S. Verordnung, die im Auslande zu bewirkenden Zustellungen betr. vom 1. Septbr. 1880. Justiz-Ministerial-Bl. S. 123.) Die zunächst liegenden Beispiele von Umständen, unter welchen der Fall unter B. eintreten kann, sind: Krieg mit dem Auslande, im Voraus beim Prozeßgerichte bekannte oder im einzelnen Falle erklärte, nicht zu beseitigende

Weigerung der Rechtshülfe der ausländischen Behörden, Unmöglichkeit das in § 185 der CPO. vorgeschriebene Zustellungszeugniß zu erlangen.

Hinsichtlich beider Fälle der öffentlichen Zustellung dürften noch folgende Punkte der besondern Aufmerksamkeit zu empfehlen sein:

1) Bei der Allgemeinheit der Bestimmungen in § 186 der CPO. wird man — worauf auch die Motiven S. 453 flg. der Kortkampf'schen Ausgabe hinweisen — davon auszugehen haben, daß die öffentliche Zustellung nicht nur hinsichtlich der Prozeßparteien im engern Sinne, sondern auch hinsichtlich solcher Personen gestattet ist, deren Beitritt zu einem schon anhängigen Rechtsstreite herbeigeführt werden soll. Hierher gehören die Fälle der Streitverkündigung, der Benennung des Auctors, der Ladung der Gläubiger Seiten des Drittschuldners im Zwangsvollstreckungsverfahren, §§ 69, 73, 753 der CPO., sowie die in § 607 der CPO. vorgesehenen Fälle der Beiladung. —

2) Der § 187 Abs. 1 der CPO. besagt: „Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgericht bewilligt ist, von dem Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.“ Betrachtet man diese Vorschriften für sich allein, so könnte es den Anschein gewinnen, als dürfe eine öffentliche Zustellung nur in den Fällen stattfinden, in welchen auf Grund des den Parteien obliegenden Prozeßbetriebes eine Zustellung zu erfolgen hat, nicht aber in den Fällen, in welchen von Amtswegen zuzustellen ist, z. B. nach § 294 der CPO. Allein diese Auffassung wäre irrig. In § 186 ist die Zulässigkeit der öffentlichen Zustellung für die dort bezeichneten Nothfälle ganz allgemein ausgesprochen. Das Gesetz unterscheidet hier nicht zwischen Zustellungen auf Grund des den Parteien speziell obliegenden Prozeßbetriebs und zwischen Zustellungen von Amtswegen; einen Unterschied zwischen den Zustellungen nach den vorbezeichneten Richtungen in die gesetzliche Bestimmung hinein zu tragen würde sich durch nichts rechtfertigen lassen; der § 186 drückt die allgemeine Norm aus. Wenn nun nach Maßgabe des folgenden

§ 187 ohne Unterschied verordnet ist, daß die öffentliche Zustellung, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte verwilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt wird, so läßt sich dies dem Zusammenhange nach nur dahin verstehen, daß auch in Fällen, in welchen nach den Vorschriften der Prozeßordnung von Amtswegen zuzustellen ist, diese Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen kann, wenn die Partei, welche als solche an der Zustellung ein Interesse hat, die öffentliche Zustellung beantragt und die übrigen Voraussetzungen zutreffen. Offenbar ist diese Bestimmung mit Rücksicht auf die durch die öffentliche Zustellung erwachsenden, nicht selten erheblichen baaren Auslagen und die in dieser Beziehung gesetzlich bestehende Vorschußpflicht (§§ 79_8, 81, 84 des GKG.) getroffen worden.

Außerdem ist zugleich durch § 187 Abs. 1 die in Hinsicht des formellen Actes der Zustellung aus den §§ 152 flg. der CPO. zu entnehmende Regel: daß jener Act, wenn er auf Grund des den Parteien obliegenden Prozeßbetriebes erfolgen soll, durch Anrufung der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers zu bewirken sei, für die öffentliche Zustellung dahin modificirt worden, daß die Thätigkeit des Gerichtsvollziehers ganz ausgeschlossen wird, da in jedem Falle dieser Zustellung die im zweiten Absatze des § 187 und in §§ 188, 189 näher bezeichnete Thätigkeit des Gerichtsschreibers erfordert wird, um den Zustellungs-Act formell wirksam auszuführen. Kommt also eine an sich von Amtswegen zu bewirkende Zustellung in Frage, so wird auch in solchem Falle das Prozeßgericht, wenn der vorbezeichnete Antrag gestellt ist, nach dem Prinzipe der freien Beweiswürdigung zu entscheiden haben, ob im Uebrigen die Voraussetzungen vorliegen, daß die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen könne; insbesondere wird auch vom Antragsteller — wie oben hinsichtlich des Betreibenden gedacht wurde — Unbekanntschaft des Aufenthalts des Requisiten, wenn sie in Frage kommt, darzuthun sein.

4) Die aus § 186 sich ergebende Allgemeinheit der ertheilten Vorschriften läßt erkennen, daß auch für den Beginn des Prozesses bei Zustellung der Ladung, die öffentliche Zustellung sich sehr praktisch erweisen kann, namentlich, wenn der durch die Schlußworte

des § 18 der CPO. begründete Gerichtsstand Anwendung findet, während andrerseits die Beschränkung der öffentlichen Zustellung auf die hervorgehobenen Nothfälle darauf hinweist, daß auch während eines Prozesses diese Zustellung immer nur von Fall zu Fall in Betracht kommen darf, daß mithin, sobald die eine solche Zustellung rechtfertigenden Umstände wegfallen, für spätere Zustellungen zur regulären Zustellung zu verschreiten ist.*)

5) Aus dem oben wörtlich angeführten Schlußsatze des ersten Absatzes von § 187 zusammengehalten mit § 530 der CPO. folgt, daß wider den Beschluß des Prozeßgerichts, durch welchen die Erlassung öffentlicher Vorladung abgelehnt wird, das Rechtsmittel der Beschwerde zulässig ist. —

6) Die hinsichtlich der öffentlichen Zustellung vom Gerichtsschreiber zu beobachtenden Formalitäten sind in den §§ 187 bis 189 der CPO. deutlich vorgeschrieben und an sich einfacher Natur; es genügt in dieser Hinsicht die eine Bemerkung, daß die Vorschriften über die Zustellungs-Urkunde auf die öffentliche Zustellung keine Anwendung leiden. Man gestattet sich jedoch auch hier die Aufmerksamkeit auf die eigenthümliche Gestaltung hinzulenken, welche dann eintritt, wenn sich die öffentliche Zustellung eines Arrestbeschlusses an den Schuldner nöthig macht, weil der Aufenthalt desselben unbekannt ist, namentlich also auch, wenn der Schuldner absichtlich sich verborgen hält — ein für die Praktiker schwer wiegender, vom Herrn Professor Lothar Seuffert in Gießen in der Zeitschrift für Deutschen Civ.-Proz. von Busch, Bd. III. S. 350 flg., sowie nach Maßgabe des in Wengler's Archiv 2c. N. F. Jahrg. 1882 S. 465 flg. mitgetheilten Präjudicats auch vom K. S. Ober-Landes-Gerichte bereits erörterter Fall.

Nach § 189 Abs. 2 wird die öffentliche Zustellung des Arrestbeschlusses, — mit dessen Vollziehung nach § 671 verb. mit § 808, 810, 811 der CPO. und § 3 der K. S. Verordnung, zu Ausführung des Gesetzes, die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen betr. 2c. vom 30. Jan. 1882 jedenfalls vor der erfolgten Zustellung an den Gegner des Arrestausbringers

*) Ausnahme-Bestimmung für den Eheprozeß. § 578 Abs. 3 der CPO.

(den Schuldner) nicht begonnen werden darf — an Letztern erst dann als bewirkt anzusehen sein, wenn von der erfolgten Anheftung einer beglaubigten Abschrift des Arrestbeschlusses an der Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind. Diese Frist ist eine gesetzliche, sie kann nach § 202 Abs. 2 der CPO. nicht verlängert werden. — Gleichzeitig schreibt aber § 809 Abs. 2 der CPO. vor: „Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind.“ Die CPO. kennt in Bezug auf Entscheidungen der hier in Betracht kommenden Art nur zwei Formen unter welchen diese Entscheidungen nach außen wirksam verlautbart werden, die Verkündung und die Zustellung. Wird, wie häufig der Fall sein wird, der Arrestbeschluß ohne vorgängige mündliche Verhandlung ertheilt, so wird dem Arrest-Ausbringer gegenüber der Arrestbefehl erst mit der Zustellung desselben existent. Würde aber auch das Gericht auf Grund einer mündlichen Verhandlung den Arrestbeschluß ertheilen — einer Verhandlung, welche in Fällen der vorliegenden Art nur zwischen dem Antragsteller und dem Gerichte stattfinden könnte — so wäre dieser Beschluß mittels Endurtheils auszusprechen, welches für den Arrestausbringer erst mit der Verkündung existent würde. In beiden Fällen wird, da erst auf Grund der Zustellung, bez. Verkündung der Arrestausbringer die öffentliche Zustellung an seinen Gegner beantragen kann, im günstigsten Falle die zweiwöchige Frist, welche ablaufen muß, bevor der Arrestbefehl dem Schuldner gegenüber vollstreckbar wird, gleichzeitig ablaufen mit der zweiwöchigen Frist, mit deren Ablauf dem Arrestausbringer (Arrestkläger) die Berechtigung verloren geht, Vollziehung des Arrestbefehls zu erlangen. Damit wäre freilich gesagt, daß gegen Schuldner, deren Aufenthalt unbekannt, Arrestbefehle unvollstreckbar seien. Dahin gelangt Herr Prof. Seuffert in der oben gedachten Abhandlung; es wird in letzterer darauf hingedeutet, daß hier wirksame Abhülfe wohl nur im Wege der Gesetzgebung zu erhoffen sei. Auch das oben in Bezug genommene Präjudicat bietet keine Abhülfe; es darf in dieser Hinsicht noch besonders bemerkt werden, daß im letztern speziell

ausgeführt ist, wie auch aus § 190 der CPO. ein Ausweg sich nicht ergebe.

Die schwierige Frage: ob ohne Aenderung der Gesetzgebung sich ein Ausweg finden lasse? soll hier noch nicht erörtert werden; es ist zu hoffen, daß die Frage sich später, wenn auch die Praktiker noch länger Gelegenheit gehabt haben werden, sich mit derselben zu beschäftigen, zum Gegenstande besonderer Darstellung machen lassen werde. —

7) Die Wirkung der öffentlichen Zustellung beruht auf einer Fiction; es mangelt an solchen thatsächlichen Unterlagen, welche an sich geeignet wären, den Schluß zu rechtfertigen, daß der Requisit das betreffende Schriftstück empfangen habe; allein der Gesetzgeber substituirt als solche Unterlagen die für die öffentliche Zustellung vorgeschriebenen Formalitäten und knüpft an richtige Erfüllung derselben die Folge, daß der Requisit die Zustellung als erfolgt gelten lassen muß, ohne sich im Uebrigen mit einem Gegenbeweise schützen zu können. Von hoher Wichtigkeit ist es daher, den Beweis über die vorschriftsmäßig erfolgte öffentliche Zustellung für alle Betheiligten zu sichern. Die CPO. hat in dieser Hinsicht keine besondern Vorschriften ertheilt, vielmehr die nöthigen in das Gebiet instructioneller Bestimmungen fallenden Vorkehrungen zu treffen, der Landes-Justiz-Verwaltung überlassen. Für das Königreich Sachsen kommt hier in Betracht die Verordnung, den Dienst der Gerichtsschreiber 2c. betr. vom 2. Septr. 1879 (Justiz-Minister.-Bl. S. 39 flg.) § 66. Hier ist verordnet: „Auf der an die Gerichtstafel anzuheftenden Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks hat der Gerichtsschreiber den Tag, an welchem die Anheftung erfolgt ist, zu bemerken und die Bemerkung mit seiner Unterschrift zu versehen. Der Tag der Abnahme ist in gleicher Weise zu beurkunden."

„Die Abnahme des Schriftstücks soll nicht eher als nach Ablauf der Frist geschehen, mit deren Ablauf die Zustellung als erfolgt anzusehen ist (§ 189 der CPO.)."

„Das angeheftet gewesene Schriftstück kommt zu den Prozeßacten."

8) Besondere Vorschriften in Bezug auf öffentliche Zustellungen

enthalten hinsichtlich des Aufgebots-Verfahrens die §§ 825, 842, 847, 848 der CPO. und die §§ 7, 12 bis 15, 23, 24, 26 des K. S. Gesetzes, die Kraftloserklärung inländischer auf den Inhaber lautender Werthpapiere rc. betr. vom 6. März 1879 (Ges.-Bl. S. 75), weitere besondere Vorschriften: §§ 66, 68, 73, 85, 103 der Reichs-Konkurs-Ordnung. —

9) Bemerkenswerth sind noch diejenigen Fälle, in welchen die CPO. vorschreibt, daß, wenn die Zustellung auf keine andere Weise als durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen könne, die Zustellung entweder *schlechthin zu unterbleiben habe* oder *nicht nothwendig sei*. Ersteres findet statt in Bezug auf die in § 683 der CPO. angeordnete Zustellung einer Abschrift des Protokolls über die Vollstreckungshandlung; Letzteres nach § 740 der CPO. (Streitverkündigung an den Schuldner bei Einklagung einer verholfenen Forderung), nach § 743 (Verwerthung einer bedingten oder betagten gepfändeten Forderung) und nach § 761 (Ladung zur Eröffnung des Vertheilungs-Planes).

Civilprozeß.

1.

Einwendungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen betreffen; sofortige Beschwerde hierbei; Beginn des Laufes der Nothfrist für letztere; §§ 685, 701, 540, 294 Abs. 3 der CPO. — Verhältniß der Vorschriften in § 757 Abs. 1 der CPO. zu den allgemeinen, die Zwangsvollstreckung betreffenden Bestimmungen in §§ 644 bis 707 der CPO.

Beschluß des OLG. (I. Sen.) vom 26. April 1882 no. 121 I. C. 1882.

Die Beschwerdeführer haben gegen die auf den Antrag des landwirthschaftlichen Creditvereins für das Königreich Sachsen vom 14. September 1881 wegen einer Forderung von 4500 Mk. nebst Anhang Seiten des Amtsgerichts P. am 27. December 1881, also unter der Herrschaft der CPO. bewirkte Zwangsversteigerung des eben bezeichneten Grundstückes die Einwendung erhoben, daß diese Zwangsversteigerung, da jenes Grundstück dabei in drei einzelnen Theilen feilgeboten und zugeschlagen worden sei, ohne daß vorher weder eine genügende Bekanntmachung dieser Art der Versteigerung, noch die Einwilligung der betheiligten Hypothekengläubiger zu derselben stattgefunden habe, der gesetzlichen Grundlage entbehre und daher ungültig sei. Sie haben deshalb unter Berufung hierauf gegen die vom genannten Amtsgerichte beabsichtigte Adjudication jenes Grundstücks an die Ersteher der einzelnen Theile desselben, sowie zugleich gegen die Vornahme der hiernach in Aussicht genommenen Löschung der für J. G. M.*) auf gedachtem Grundstücke in Rubr. III. no. 42 jct. no. 29 eingetragenen Hülfshypothek von 2088 Mk. 80 Pf

*) Einer der Beschwerdeführer.

Widerspruch unter vorsorglicher Einwendung von Berufung wider Nichtbeachtung ihres Widerspruchs eingewendet. Diese Rechtsmittel, welche durch die auf den Widerspruch gefaßte ablehnende Entschließung des Amtsgerichts P. in Kraft getreten sind, hat das Landgericht D. besage des obgedachten Beschlusses vom 8. März 1882 in formeller Beziehung, weil dieselben thatsächlich gegen die Art und Weise der als ungültig bezeichneten Zwangsvollstreckung gerichtet seien, auf Grund der §§ 685, 701 CPO. als sofortige Beschwerden im Sinne § 540 CPO. behandelt, demgemäß hat das Landgericht der Entscheidung über dieselben sich unterzogen, hat solche aber aus sachlichen Gründen als unbegründet zurückgewiesen und hiergegen sind in beiderlei Beziehung die zu Eingang bezeichneten Rechtsmittel eingewendet worden. Die letzteren sind jedoch, soviel die formelle Seite der Sache betrifft, nicht gerechtfertigt.

Denn wenn auch die Beschwerdeführer ihren obigen Widerspruch und die damit vorsorglich verbundenen Rechtsmittel der Berufung dem Wortlaute nach zunächst nur gegen die erst in Aussicht stehende künftige Entschließung wegen der Adjudication und der erwähnten Hypothekenlöschung eingewendet haben: so ist dies nach Obigem doch ausdrücklich mittels Anfechtung der Gültigkeit der bewirkten Zwangsversteigerung geschehen und es bezweckten die Beschwerdeführer damit, daß die letztere als ungültig aufgehoben, hierdurch aber die, durch Adjudication und Hypothekenlöschung zu bewirkende Fortstellung derselben gehindert werde. Thatsächlich haben sich also jene früheren Rechtsmittel, über welche das Landgericht entschieden hat, gegen die Art und Weise der erfolgten Zwangsvollstreckung gerichtet (s. § 685 CPO.). Hinsichtlich solcher Rechtsmittel wird aber auch vom Oberlandesgerichte, wie dasselbe bereits Bl. thatsächlich durch die damals der Zuständigkeit halber erfolgte Abgabe der Sache an das Landgericht D. zu erkennen gegeben und in der in Wengler's Archiv Jahrgang 1882 S. 241 flg. abgedruckten Entscheidung, auf welche der Kürze halber Bezug genommen wird, näher dargelegt hat, — ebenfalls die Ansicht befolgt, daß, wenn schon nach § 757 Abs. 1 CPO. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens, sich nach den Landesgesetzen bestimmt, hiermit doch in einem

solchen Falle die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften in den §§ 644 bis 707 CPO. nicht hat ausgeschlossen werden sollen und daher auch auf die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen die Vorschrift in § 701 CPO. Anwendung leidet, wonach gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, sofortige Beschwerde stattfindet. Gegen die Entschließung des Amtsgerichts P., durch welche dieses vorliegendenfalls in seiner Stellung als Vollstreckungsgericht (s. § 684 CPO.) die gegen die Gültigkeit der Zwangsversteigerung erhobenen Einwendungen der Beschwerdeführer nach § 685 CPO. zurückgewiesen hat, stand mithin den Letzteren lediglich das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Ganz mit Recht hat daher das Landgericht D. die Bl. eingewendeten Rechtsmittel, obgleich dieselben als Berufungen gegen das Verfahren im Sinne der früheren Prozeßgesetzgebung bezeichnet waren, doch nicht als solche, sondern lediglich als sofortige Beschwerden wider die Art und Weise der Zwangsvollstreckung im Sinne der CPO. angesehen und demgemäß nach § 531 Abs. 1 der letzteren und nach § 71 des Gerichtsverfassungsgesetzes der sachlichen Entscheidung über dieselben sich unterzogen. Ebenso war dem Landgerichte darin beizupflichten, daß dasselbe den Mangel des Nachweises förmlicher Zustellung der die Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung zurückweisenden Entschließung des Amtsgerichts P. Bl. in formeller Beziehung für unerheblich erachtet hat, da aus dem Mangel dieses Nachweises lediglich zu Gunsten der Beschwerdeführer folgt, daß die Rechtsmittel Bl. in ihrer Eigenschaft als sofortige Beschwerden nach § 540 CPO. nicht versäumt waren,

s. die Ausführungen des Reichsgerichts in dessen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 S. 376.

Die in der Sache selbst vom Landgerichte ertheilte Entscheidung hat die erhobenen Einwendungen als unbegründet zurückgewiesen, stimmt also in sachlicher Beziehung mit der Entscheidung des Amtsgerichts überein, und enthält somit für die Beschwerdeführer einen neuen selbständigen Beschwerdegrund nicht, welcher dieselben nach § 531 Abs. 2 CPO. zu Einwendung einer weiteren Beschwerde hätte berechtigen können,

s. dieselben Entscheidungen Bd. 1 S. 224 flg.

2.

Uebertragung der „erforderlichen Anordnung" Seiten des Beschwerdegerichts an dasjenige Gericht, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war; zur Auslegung von § 538 der CPO.

Beschluß des OLG. (I. Sen.) vom 26. April 1882 no. 125 I. C. 1882.

In Sachen des Baumeisters K. zu P., Klägers, gegen A. verehel. G. zu Ch., Beklagte, wird die Beschwerde, welche Kläger mittelst einer unter dem 27. März 1882 bei dem K. OLG. überreichten Eingabe erhoben hat, als unzulässig verworfen.

Nach Inhalt der vorgedachten Eingabe ist die Beschwerde gegen den Beschluß gerichtet, welchen das Amtsgericht Ch. Bl. des Actenheftes A. Z. in Verfolge einer von der III. Civilkammer des Landgerichtes Ch. Bl. des nämlichen Actenheftes am 11. Januar 1882 in zweiter Instanz ertheilten Entscheidung erlassen hat. An sich würde daher über dieses Rechtsmittel nicht das vom Kläger angerufene Oberlandesgericht, sondern gemäß § 531 Abs. 1 der CPO. das Landgericht Ch. als das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht zu cognosciren haben und die Sache an das genannte Landgericht von hier aus abzugeben gewesen sein. Von einer solchen Abgabe war jedoch deshalb abzusehen, weil der angefochtene Beschluß zum Gegenstande einer Beschwerde überhaupt gar nicht gemacht werden konnte. Denn derselbe entbehrt insofern jeder selbständigen Bedeutung und Wirksamkeit, als darin nur die bereits in der oben erwähnten Entscheidung des Landgerichtes Ch. vom 11. Januar 1882 verfügte theilweise Wiederaufhebung der Pfändung, welche das Amtsgericht Ch. auf Antrag Klägers nach Bl. des angezogenen Actenheftes in Betreff einer erbschaftlichen Forderung der Beklagten vorgenommen hatte, nochmals ausgesprochen worden ist, ohne daß dazu in der Sachlage irgend ein Anlaß vorhanden war. Das Amtsgericht Ch. ist hierbei allem Anscheine nach in Hinblick auf die Bestimmung in § 538 der CPO. von der Meinung ausgegangen, daß ihm durch das Landgericht Ch. die zum Behufe der theilweisen Wiederaufhebung jener Pfändung erforderliche Anordnung übertragen worden sei. Die Unhaltbarkeit

dieser Auffassung kann jedoch einem Zweifel nicht unterliegen, da die Entscheidung des Landgerichtes in dem dispositiven Satze: „die Pfändung ist, soweit u. s. w., wieder aufzuheben," schon die bemerkte Anordnung unzweideutig enthält und in derselben keine Anweisung des Amtsgerichtes zu einer deshalb erst noch zu treffenden, unter den obwaltenden Verhältnissen auch völlig unnöthigen, besonderen Verfügung sich vorfindet. Wollte demnach Kläger eine Abänderung des in zweiter Instanz zu Gunsten des Beklagten gefaßten Beschlusses herbeiführen, so konnte dies nur im Wege einer Beschwerde gegen die landgerichtliche Entscheidung selbst geschehen. Wäre aber in der Eingabe Klägers bei dem K. OLG. ungeachtet ihres entgegenstehenden Wortlautes eine solche Beschwerde etwa mit zu erblicken, so würde dieses Rechtsmittel als versäumt betrachtet werden müssen rc.

3.

Anfechtungsanspruch auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879. — Glaubhaftmachung desselben, so wie einer nach § 814 der CPO. tauglichen Veranlassung behufs Erlangung einer einstweiligen Verfügung.

Beschluß des OLG. (I. Sen.) vom 3. Mai 1882 no. 123 I. C. 1882.

Auf die Beschwerde, welche der Kaufmann H. in A. gegen den sein Gesuch um Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des von ihm gegen die verehel. S. in G. mittels Klage geltend gemachten Anfechtungsanspruchs zurückweisenden Beschluß der vierten Civilkammer des Landgerichts zu D. vom 12. April 1882 bei der Letzteren eingelegt hat, wird dieser Beschluß aufgehoben und eine einstweilige Verfügung dahin angeordnet, daß der verehel S. die Veräußerung und Verpfändung der ihr gehörigen Grundstücke Fol. 59 des Grundbuchs für G. und Fol. 109 des Grundbuchs für N. hiermit untersagt wird.

Nach Ausweis der Acten — hat der Beschwerdeführer auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mittels Klage gegen die verehel. S. den von dieser am 3. September 1880 mit ihrem Ehemann Franz S. abgeschlossenen Kaufvertrag, durch welchen sie von Letzterem

die beiden oben gedachten Grundstücke erworben hat, angefochten, um die Zwangsvollstreckung in dieselben wegen einer ihm an den Ehemann zustehenden Wechselforderung von 1075 Mark sammt Anhang zu erlangen. Dieser bei der vierten Civilkammer des Landgerichts zu D. anhängige Rechtsstreit war am 26. April 1882 soweit gediehen, daß an diesem Tage nach einer Beweisaufnahme die mündliche Verhandlung fortgesetzt werden sollte. Nach § 815 verb. mit 800 Abs. 2 der CPO. mußte der Beschwerdeführer sowohl seinen Anspruch, als auch eine nach § 814 taugliche Veranlassung zu der von ihm Bl. beantragten einstweiligen Verfügung glaubhaft machen. In der erstern Beziehung ist zunächst schon der Abschluß des gedachten Kaufvertrags durch das hierauf bezügliche, in dem Klagbeantwortungssatze unter 4 enthaltene Geständniß der Beklagten, welches als ein außergerichtliches Geständniß bei der gegenwärtigen Entscheidung verwendbar ist, glaubhaft gemacht. Sodann geht aus der von dem Beschwerdeführer in dem Beweisaufnahmetermin überreichten Urtheilsausfertigung hervor, daß der Beschwerdeführer gegen den Ehemann der Beklagten einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat. Denn ausweislich dieser Ausfertigung ist der Letztere mittels eines am 27. September 1880 verkündeten Versäumnißurtheils der zweiten Kammer für Handelssachen des Landgerichts zu D. auf die Wechselklage des Beschwerdeführers zur Zahlung von 1075 Mark mit Zinsen zu 6 vom Hundert vom 27. September 1880 an denselben und zur Tragung der Kosten verurtheilt, dieses Erkenntniß für vorläufig vollstreckbar erklärt und S.'n selbst am 9. October 1880 zugestellt worden. Es besagt auch ein auf der Ausfertigung befindliches Attest der Gerichtsschreiberei des Landgerichts vom 3. October 1881, daß innerhalb der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zweck der Terminsbestimmung nicht eingereicht worden ist. Ferner ist auf der Ausfertigung von dem Gerichtsvollzieher bezeugt und überdies von der Beklagten in dem Klagbeantwortungssatze unter 7 eingeräumt worden, daß die am 23. November 1880 bei S. auf Grund jener Verurtheilung vorgenommene Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist. Endlich geht zwar aus den Prozeßacten nicht mit Bestimmtheit hervor, an welchem Tage die Anfechtungsklage des Beschwerdeführers der Beklagten verehel. S. zugestellt worden ist. Allein da dieselbe bereits am 31. Mai

1881 zur Terminsbestimmung bei der Gerichtsschreiberei des Landgerichts überreicht worden und letztere mittels Beschlusses vom 1. Juni 1881 erfolgt ist, so erscheint es in Rücksicht auf die in solchen Fällen übliche Geschäftsbehandlung wahrscheinlich, daß die Anfechtungsklage noch im Laufe des Monats Juni 1881, jedenfalls vor dem 3. September 1881 der verehel. S. zugestellt worden ist. Hiernach sind die Voraussetzungen glaubhaft gemacht, unter welchen nach § 2, § 3 unter 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 ein von einem Schuldner mit seiner Ehefrau zum Nachtheile seiner Gläubiger abgeschlossener entgeltlicher Vertrag der Anfechtung unterliegt, so lange nicht der andere Theil beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Schuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war. Der Ansicht der vorigen Instanz, daß nach den bisherigen Ergebnissen der Streitverhandlung im Prozesse, insbesondere der Vernehmung des Zeugen S. es bedenklich falle, die Wechselforderung des Beschwerdeführers für glaubhaft gemacht zu achten, hat nicht beigetreten werden können. Die Aussage S.'s, daß seine Namensunterschrift unter dem auf dem Wechsel des Beschwerdeführers befindlichen Accepte nicht von ihm herrühre, sondern ohne seine Erlaubniß von dem im Prozesse ebenfalls als Zeugen vernommenen H. bewirkt worden sei, erscheint bei der gegenwärtigen Entscheidung unerheblich. Denn mit der Einrede der Fälschung des Accepts könnte S. nicht gehört werden, da er gegen das Versäumnißurtheil, wie aus dem oben erwähnten Atteste der Gerichtsschreiberei des Landgerichts zu Dresden vom 3. October 1881 zu entnehmen ist, Einspruch nicht eingelegt hat, jenes Urtheil daher rechtskräftig geworden ist und hierdurch, sowie weil darin S.'n die Ausführung seiner Rechte nicht vorbehalten worden ist, also auch das in § 563 der CPO. erwähnte ordentliche Verfahren nicht stattfinden kann, der betreffende Rechtsstreit definitiv beendigt ist. Nun würde zwar die behauptete Fälschung nach § 543 no. 2 der CPO. an sich einen Grund zur Erhebung der Restitutionsklage geben können. Allein abgesehen davon, daß gegen die Zulässigkeit einer solchen Klage, auch wenn die in § 544 bezeichnete Voraussetzung dazu vorläge, aus den Vorschriften in § 545 und § 549 mit Rücksicht auf den Inhalt der Urtheilsausfertigung und die sonstigen Aussagen S.'s sich erhebliche Bedenken entnehmen

lassen, fehlt jeder Anhalt dafür, daß S. die gedachte Klage bereits erhoben habe. Dem Beschwerdeführer steht mithin zur Zeit in jedem Falle die Rechtskraft des die definitive Beendigung des Wechselprozesses bildenden Versäumnißurtheils zur Seite und es läßt sich nicht absehen, wie die Fälschung des Acceptes, wenn sie stattgefunden hat, der verehel. S. als der Beklagten in dem Anfechtungsstreit einen tauglichen Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit des beigebrachten Schuldtitels gewähren könnte.

Daß ferner ohne den Erlaß der erbetenen einstweiligen Verfügung zu besorgen sei, es könne durch die Veräußerung oder Verpfändung der beiden Grundstücke Seiten der verehel. S. die Verwirklichung des Anfechtungsanspruchs des Beschwerdeführers vereitelt oder wesentlich erschwert werden, erscheint glaubhaft schon mit Rücksicht auf die concreten Verhältnisse. Denn da der geltend gemachte Anspruch lediglich auf Befriedigung der dem Beschwerdeführer an S. zustehenden Forderung aus den von Letzterem an seine Ehefrau verkauften Grundstücken gerichtet ist, betrifft derselbe eine Individualleistung der Letztern, deren Verwirklichung durch die der verehel. S. jederzeit freistehende Veräußerung der Grundstücke an einen Dritten, wenn derselbe bei dem Erwerbe sich in gutem Glauben befunden hat, nach dem in Sachsen geltenden Publicitätsprincipe und nach § 11 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 vereitelt werden würde. Unter solchen Umständen kann dem Beschwerdeführer nicht angesonnen werden, glaubhaft zu machen, daß die verehel. S. bereits mit der Veräußerung der beiden Grundstücke an einen Dritten umgehe.

Aus diesen Gründen 2c.

4.

Das dem Gegner der klagenden Partei verwilligte Armenrecht als Grund zur ausnahmsweisen niedrigen Annahme des Werthes des Streitgegenstandes bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen; § 10 des GKG.

Beschluß des OLG. (I. Sen.) vom 17. Mai 1882 no. 126 I. C. 1882.

Die Beschwerde, welche in Ehesachen Marien Augusten nunmehr geschiedenen L. in R., Klägerin, gegen den Nadler F. H. L. daselbst,

Beklagten, die Erstere Bl. der Acten des Landgerichts P. E. 20/81 gegen den Beschluß der Civilkammer desselben eingelegt hat, ist als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beschwerde richtet sich sowohl dagegen, daß der Werth des Streitgegenstandes nur zu 800 M. angenommen worden ist, als daß nach Maßgabe dieses Werthes von den in der Berechnung der von dem Beklagten zu erstattenden Kosten des Rechtsstreits mitbegriffenen, nach einem Werthe von 2000 M. berechneten 4 Ansätzen des Rechtsanwalts der Klägerin:

an 36 M. Prozeßgebühr
36 „ Verhandlungsgebühr
18 „ Beweisgebühr
18 „ weitere Verhandlungsgebühr,

die beiden ersten Ansätze um je 12 M., und die beiden letzteren um je 6 M., zusammen also um 36 M., ermäßigt worden sind. Die Beschwerde ist auch in der ersteren Richtung lediglich im Namen der Klägerin von deren Rechtsanwalte, also nicht in dessen eignem Namen, oder zugleich in dessen Namen (vergl. § 12 der Geb.=O. für RA. vom 7. Juli 1879) erhoben worden. In der ersteren Richtung ist daher die Beschwerde als eine solche nach den Vorschriften in § 16 und § 4 Abs. 3 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878, in der letzteren aber als eine sofortige Beschwerde gemäß § 99 Abs. 3 der CPO. zu beurtheilen. Der Rechtsstreit hat die mit der Klage beantragte Trennung der Ehe zwischen den Parteien, sowie die von der Klägerin ebenfalls beantragte und durch besonderes Endurthei einstweilen verfügte vorläufige Trennung und Entrichtung von Alimenten, ingleichen zufolge Widerklage des Beklagten, welche jedoch im Laufe der Verhandlung wieder zurückgenommen ist, die Aufhebung der Ehe zum Gegenstande gehabt, also abgesehen von dem mitverfolgten Unterhaltungsanspruche, nicht vermögensrechtliche Ansprüche im Sinne von § 10 des Gerichtskostengesetzes. Durch letztere Vorschrift ist zwar für Ansprüche solcher Art ein regelmäßig anzunehmender Werth des Streitgegenstands von 2000 M. bestimmt: gleichzeitig ist aber auch zugelassen, daß davon ausnahmsweise, d. i., wie in den Motiven zu dieser Bestimmung ausgesprochen ist (vergl. Motive zu dem Entwurfe des GKG., Abdruck von Karl Heymann's Verlag

S. 44.), „je nach den Umständen des Falles“ in den zugleich bestimmten Grenzen abgewichen werde. Im vorliegenden Falle hat das Landgericht den Umstand, daß dem Beklagten für den Rechtsstreit das Armenrecht ertheilt worden ist, für geeignet befunden, von der vorgedachten Ausnahmevorschrift in der Weise Anwendung zu machen, daß der Werth des Streitgegenstandes nur zu 800 M. angenommen worden ist.

Dieser Beschluß ist für formell und sachlich gerechtfertigt anzuerkennen. Denn soweit das Landgericht früher bei der Einforderung des Gebührenvorschusses von der Annahme ausgegangen ist, daß der Werth des Streitgegenstands 2000 M. betrage, ist dasselbe zufolge § 16 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes nicht behindert gewesen, den darin zu findenden Beschluß über die Höhe des Werths gleich einem Beschlusse auf entsprechende Festsetzung des Werthes noch abzuändern. Hinsichtlich der sachlichen Beurtheilung ist aber nicht abzusehen, inwiefern es nicht schon einen für die Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 10 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes zu berücksichtigenden Umstand solle abgeben können, wenn die Vermögensverhältnisse, sei es auch nur des Gegners der klagenden Partei, so mißlich sind, daß derselbe für den Rechtsstreit das Armenrecht und daher insbesondere einstweilige Befreiung von den in § 107 no. 1 der CPO. bezeichneten Kosten des Rechtsstreits erlangt hat.

Die hiergegen gerichteten Ausführungen der Beschwerdeführerin sind nicht dazu angethan, zu einer anderen Beurtheilung zu führen. Noch weniger aber ist ersichtlich, inwiefern im gegebenen Falle es die Klägerin sein könne, welcher es zur Beschwerde gereiche, daß mit dem Beschlusse auf Annahme eines geringeren Werths des Streitgegenstands zugleich die Folge der Verringerung der Höhe der Kosten verbunden ist, bei welchen letzteren sie selbst zufolge des Ausgangs des Rechtsstreits nur noch nach Maßgabe der §§ 108 der CPO. und 86, 90, 81 und 84 des Gerichtskostengesetzes interessirt ist. Soweit insbesondere durch den Beschluß zugleich der Umfang der Gerichts-Gebührenvorschußpflicht der Klägerin auf einen geringeren Betrag, als in welchem sie derselben thatsächlich auf Erfordern des Gerichts bereits genügt hat, sich mindert, ist darauf zu verweisen, daß das Landgericht nach der Bemerkung in dem Beschlusse auf Vor-

legung der Beschwerde die Entschließung wegen der Ermäßigung der Gerichtsgebühren bis nach der Ertheilung der Entscheidung über die Beschwerde noch ausgesetzt hat. —

5.

Nachforderung von Gerichtskosten wegen irrigen Ansatzes und wegen Abänderung der ursprünglichen Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes; GKG. §§ 14, 5, 16.

Beschluß des OLG. (I. Sen.) vom 24. Mai 1882 no. 133 I. C. 1882.

Die Beschwerde, welche in Sachen des Kaufmanns C. B. in D., Klägers, gegen den Rathsauctionator B. D. daselbst, Beklagten der Erstere gegen den Beschluß der III. Civilkammer des Landgerichts D. Bl. eingelegt hat, ist als unbegründet zurückzuweisen.

Der von dem Kläger gestellte Antrag hat den Erlaß einer einstweiligen Verfügung betroffen hinsichtlich des gleichzeitig mittelst Klage verfolgten Anspruchs auf Ueberweisung von 118, in einer durch den Beklagten als Konkursverwalter vorgenommenen Versteigerung von dem Rechtsvorgänger Klägers G. erstandenen Außenständen der Konkursmasse des Blumenfabrikanten N.

Mit Unrecht wird schon von dem Beschwerdeführer die Beziehung des Verfahrens wegen der einstweiligen Verfügung zu der denselben Anspruch betreffenden Klagsache bestritten.

Angaben für die Beurtheilung des Werthes des Streitgegenstandes hat ferner der Antrag nur insofern enthalten, als der Erstehungspreis der 118 Außenstände zu 308 M. beziffert worden ist. Hiermit war der zufolge § 14 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 in einem solchen Falle den Antragsteller treffenden Obliegenheit zur Angabe des Werths des Streitgegenstandes nicht genügt. Auf jener ungenügenden Angabe beruht es, daß das Landgericht, nachdem auf contradictorische Verhandlung über den Antrag Kläger denselben unter Uebernahme der Kosten zurückgenommen hatte, den Werth des Streitgegenstands zunächst auf 300 bis 450 M. festgesetzt hat. In der Klagsache hat sich indessen bei der späteren Verhandlung das Einverständniß der Parteien über einen Werth des Streitgegenstandes von 2000 M. ergeben und ist deshalb dort der Werth dem entsprechend festgesetzt worden.

Hierin und in den Vorschriften der §§ 5 und 16 des GKG. über die Nachforderung von Gerichtskosten wegen irrigen Ansatzes und wegen Abänderung der ursprünglichen Festsetzung des Werths des Streitgegenstandes findet die nunmehr auch in der die einstweilige Verfügung betreffenden Sache beschlossene gleiche höhere Festsetzung und die Nachforderung des dem entsprechenden Mehrbetrags der Gerichtsgebühren ihre Rechtfertigung. Gegen die thatsächliche Richtigkeit der auf eigenen Erklärungen der Parteien beruhenden Unterlage für die Abänderung der Festsetzung hat der Beschwerdeführer selbst etwas nicht vorgebracht.

Die Kosten des sonach unerheblichen Rechtsmittels hat derselbe nach § 92 der CPO. zu tragen.

6.

Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes, wenn der Rechtsstreit die **Verpflichtung zur Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses** betrifft; Geb.-O. für Rechtsanw. § 10, GKG. § 9, CPO. § 3.

Beschluß des OLG. (I. Sen.) vom 6. Juli 1882 no. 183 I. C. 1882.

Die Beklagte will durch die Beschwerde die Herabsetzung der in der Kostenrechnung Bl. nach § 9 unter 8 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte angesetzten Prozeß-Verhandlungs- und Vergleichsgebühren, welche in dem angefochtenen Beschluß unermäßigt geblieben sind, erreichen und bestreitet zu diesem Zweck, daß der Werth des Streitgegenstands des durch den Vergleich Bl. beendigten Rechtsstreits nach dem die achte Werthsklasse bildenden Betrag von über 650 bis 900 Mark zu bestimmen sei. Sie will denselben der ersten, eventuell höchstens der sechsten Werthsklasse unterstellt wissen. Da der Rechtsstreit die Verpflichtung der Beklagten zur Herausgabe eines Nachlaßverzeichnisses betraf, so ist der Werth des Streitgegenstandes in Ermangelung einer hierauf bezüglichen ausdrücklichen Vorschrift nach § 10 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte verbunden mit § 9 des Gerichtskostengesetzes und § 3 der CPO. nach freiem Ermessen festzusetzen. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß das Interesse, welches ein Betheiligter an der Erlangung eines solchen Verzeichnisses

hat, darin besteht, Kenntniß von den Bestandtheilen, sowie überhaupt von den Kräften der betreffenden Verlassenschaft in activer und passiver Hinsicht zu gewinnen. Kann hiernach der Werth des Streitgegenstands eines die Erlangung eines Nachlaßverzeichnisses bezweckenden Prozesses nicht schlechterdings dem Betrage der Erbquote, welche in Gemäßheit des Verzeichnisses für den die Herausgabe desselben verlangenden Theil entfallen würde, gleichgeachtet werden, ist eine derartige Werthsberechnung dann sogar unmöglich, wenn die Passiven des Nachlasses die Activen übersteigen, so kann doch bei der Bestimmung jenes Werths immerhin der Umfang der in Frage stehenden Verlassenschaft sowohl in activer als in passiver Hinsicht mit benutzt werden. Hiernach und in Rücksicht auf den Inhalt des von der Beklagten selbst herausgegebenen Verzeichnisses des betreffenden Nachlasses, welches Kläger nicht zu beanstanden scheinen, ist bei Ausübung des freien Ermessens der Werth des Streitgegenstands der sechsten Werthsklasse unterstellt worden.

7.

Beweis der geschehenen Zustellung bei Abweichungen zwischen dem Inhalte der Urschrift der Zustellungs-Urkunde und der Abschrift der letztern; §§ 173, 174, 168 der CPO.

Urtheil des OLG. (IV. Sen.) vom 13. Juni 1882 no. 26 O. IV. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Unter Ueberreichung derjenigen beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde, welche über die an ihn, Klägern*), bewirkte Zustellung der eingewendeten Berufung aufgenommen worden, sammt ihm zugestellter Abschrift der Berufungsschrift, zu den Acten, hat Kläger darauf aufmerksam gemacht, daß diese Urkunde gegen die präceptiven Vorschriften in § 174 bei 4 der Civilprozeßordnung verstoße. Es sei nicht zu ersehen, welcher Person zugestellt worden sein solle. Denn es seien in dem zur Anfertigung der Urkunde — nach Inhalt der vorgelegten beglaubigten Abschrift — benutzten For-

*) und Berufungsbeklagten.

mulare beide unter 1 und 2 enthaltene, für die dort vorgesehenen verschiedenen Eventualitäten, von denen die erste die directe, die zweite aber die nach § 168 der Civilprozeßordnung mögliche Ersatz-Zustellung betreffe, offen gehaltene Rubriken undurchstrichen gelassen worden, so daß man im Unklaren bleibe, welche von diesen Eventualitäten, von welchen jedoch die erste die zweite ausschließe, Platz gegriffen haben solle. Die gehörige und rechtzeitige Zustellung der Berufung sei mithin nicht erwiesen und es müsse bei diesem von Amtswegen in Obacht zu nehmenden Mangel schon aus formellem Grunde die Berufung als unzulässig verworfen werden.

Dem hat Beklagter widersprochen, indem er das Original der Berufungsschrift sammt Zustellungsurkunde vorgelegt und zu den Acten überreicht und dabei hervorgehoben hat, daß nach diesem, für den Beweis der Zustellung entscheidenden Originale die Ersatzzustellung an den Schreiber des Prozeß-Vertreters des Klägers den Vorschriften der Civilprozeßordnung entsprechend, bewiesen sei.

Entscheidungsgründe.

Das vom Kläger mit Rücksicht auf die Zustellung der Berufungsschrift erhobene Bedenken hat man für durchschlagend nicht erachten können. In Wahrheit leidet zwar die producirte beglaubigte Abschrift der über die Zustellung der Berufung aufgenommenen Urkunde an dem gerügten Fehler. Läge daher die vom Beklagten vorgelegte beglaubigte Abschrift allein vor, so würde sich fragen lassen, ob nicht das angeregte formelle Bedenken begründet erscheine. Allein das Oberlandesgericht hat die von Wilmowski und Levy D. Civilprozeßordnung zu § 173 (II. Auflage Seite 216) vertretene Ansicht adoptirt — eine Ansicht, welche schon durch den klaren Wortlaut der Vorschriften in Abs. 1 des § 156 verbunden mit dem Abs. 1 des § 173 der Civilprozeßordnung geboten erscheint — daß die Zustellungsurkunde zwar als Beweismittel, nicht aber als das einzige und ausschließliche Beweismittel für die erfolgte Zustellung zu gelten habe, daß vielmehr, auch abgesehen von diesem Beweismittel, der Beweis der Zustellung auf jede andere, durch die Civilprozeßordnung nicht reprobirte Art der Beweisführung erfolgen, beziehentlich ergänzt werden könne, wobei die allgemeinen Grundsätze freier Beweiswürdigung

nach § 259 der Civilprozeßordnung, soweit nicht etwa die besonderen, in letzterer ertheilten Beweisregeln nach der Natur des Falles einschlagen, für maßgebend zu achten. Hiernächst hat das Reichsgericht neuerdings nach Inhalt der in den

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Band IV. Seite 434

veröffentlichten Entscheidung ausgeführt, daß die von einzelnen Schriftstellern vertretene, mit Rücksicht auf die Motiven zu §§ 173 und 174 der Civilprozeßordnung aufgestellte Meinung, es habe bei Verschiedenheiten zwischen dem Inhalte des Originals und der beglaubigten Abschrift der Zustellungsurkunde, die letztere, die in den Händen des Requisiten befindliche Abschrift, (diesem gegenüber) als Original zu gelten, nur in dem Sinne zu billigen sei, daß, soweit der Requisit, gegenüber dem Inhalte des Originals, in die Lage kommen würde, dadurch, daß man sich nicht nach dem (abweichenden) Inhalte seiner beglaubigten Abschrift richte, einen prozessualischen Nachtheil zu erleiden, zu des Requisiten Gunsten die beglaubigte Abschrift als das Original der Zustellungsurkunde zu gelten habe. Nicht aber kann jener Satz als allgemeine Regel und namentlich auch in dem Sinne aufgefaßt werden — wie Kläger jetzt will — daß der Requisit berechtigt sei, eine zwischen seiner beglaubigten Abschrift und dem Originale der Zustelluugsurkunde sich ergebende Abweichung in der Weise geltend zu machen, daß der lediglich auf Grund der Abschrift zu statuirende Rechtsnachtheil für den Requirenten einzutreten habe, weil bei derartigen Abweichungen die in den Händen des Requisiten befindliche Abschrift als Original gelten müsse. — Dies Alles festgehalten, hat man im vorliegenden Falle kein Bedenken gehabt, auf Grund des vom Beklagten vorgelegten Originals der Zustellungsurkunde, in welchem das dazu benutzte, fürsorglich für die verschiedenen Möglichkeiten der Zustellung — directer und Ersatzzustellung — eingerichtete Formular so verwendet worden ist, daß, unter gehöriger Durchstreichung aller übrigen Rubriken, nur diejenigen Sätze stehen gelassen worden sind, durch welche bekundet wird, daß der Zustellungsbeamte das betreffende Schriftstück, da er den Prozeßvertreter Klägers in dem Geschäftslokale nicht angetroffen, dort dessen in der Urkunde namhaft gemachtem

Schreiber übergeben habe, die fragliche Zustellung als am 1. April 1882 legal, d. h. den Vorschriften in § 168 der Civilprozeßordnung entsprechend bewirkt, für bewiesen zu achten und davon auszugehen, daß die in der beglaubigten Abschrift unterlassene Streichung der auf die Behändigung an den Adressaten selbst sich beziehenden Formular-Rubrik auf einem bei der Beglaubigung verhangenen Uebersehen beruhe. Man hat um so weniger Anstand genommen, diese Anschauung festzuhalten, als der Kläger selbst die Behauptung, daß die Ersatzzustellung, wie sie aus der Original-Urkunde hervorgeht, nicht stattgefunden habe, überhaupt nicht aufgestellt hat.

Handels- (und Wechsel-) Recht.

1.

„Treu und Glauben" bei Eingehung von Handelsgeschäften; zur Auslegung von § 858 des BGB.'s

Urtheil des OLG. (IV. Sen.) vom 8. Juli 1882 no. 42 O. IV. — 1882.

Aus den Entscheidungsgründen.

Das Oberlandesgericht ist zu einer dem*) Beklagten günstigeren Auffassung, als die, von welcher die vorige Instanz ausgegangen ist, nicht gelangt. — Daß beide Theile als Consumvereine, eingetragene Genossenschaften (Kläger als Bank- und Consumverein), zu den Kaufleuten im handelsrechtlichen Sinne gehören, ist außer Zweifel und ebenso zweifellos ist es, daß — zu vergleichen hierüber die von voriger Instanz Bl. der Landgerichtsacten angezogenen Präjudicate in den

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. XIV. S. 430 und XVII. S. 228,

sowie in der

Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. XLIII. S. 236,

— auf den Handelsverkehr zwischen Kaufleuten überhaupt die das

*) (aus einem Lieferungskaufe auf Bezahlung des Kaufpreises verklagten und in erster Instanz verurtheilten)

Vertragsrecht heutzutage beherrschenden Prinzipien von Treu und Glauben Anwendung zu finden haben, dergestalt, daß diesen Principien nicht nur — worauf Beklagter bei seiner Deduction hingedeutet hat — nach Schließung eines Handelsgeschäftes, sondern auch bei dessen Zustandekommen von den betheiligten Kaufleuten Rechnung zu tragen ist. Jene Prinzipien erfordern aber nicht nur eine von Arglist und grober Verschuldung freie Handlungsweise, sondern — wie dieselben in § 858 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter Kennzeichnung ihres Wesens speziell für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes vorgezeichnet sind, „die Handlungsweise eines redlichen Mannes". Mag nun also auch, im vorliegenden Falle, der im Thatbestande genannte vormalige Productenhändler P. sonst mit Beklagtem in Geschäftsverbindung gestanden haben oder nicht, mag Letzterer, und zwar ehe er den als Beifuge I Bl. flg. vom Kläger unterm 1. August 1881 an ihn geschriebenen Brief erhalten, P'n. beauftragt gehabt haben, bei Klägerm für ihn, Beklagten, 200 Ctr. Guano unter Ausbedingung eines Zahlungszieles von drei Monat zu bestellen und mag P. dem Kläger erklärt haben: Beklagter würde 200 Ctr. Guano nehmen, wünsche aber drei Monate Ziel — oder mag von dem Allen etwas nicht zutreffen — es erscheint dies Alles indifferent. Denn: aus der, wie Beklagter eingeräumt hat, unterm 1. August 1881 vom Kläger an ihn abgelassenen und von ihm, Beklagtem, spätestens am zweiten Tage nach der Absendung empfangenen Zuschrift mußte, nach dem klaren, ein Mißverständniß ausschließenden Wortlaute dieses Briefes, Beklagter entnehmen, daß Kläger wegen der in der Zuschrift gedachten Guanolieferung von 200 Ctr. als Verkäufer mit ihm, Beklagtem, als Abkäufer direct in Verbindung treten wolle. Dabei ist, wie der Inhalt des Briefes weiter erkennen läßt, die Quantität der Waare und deren Qualität nebst dem Centner-Preise (12 M. 90 Pf. pro 50 Kilo), nicht minder der Absendungsort und die Lieferzeit genau angezeigt gewesen und der mit diesem Inhalte verbundenen ferneren Anzeige zufolge ist dem Beklagten darüber volle Gewißheit zu Theil geworden, daß Kläger ihm, dem Beklagten, das gewünschte dreimonatliche Ziel, ausnahmsweise, einräume, weil er mit ihm, Beklagtem, in Geschäftsverbindung zu kommen wünsche. Auch der Rath, welcher im Uebrigen im Briefe dem Beklagten ertheilt wird,

sich mit einem größeren Quantum Guano zu versorgen, wobei auf Beklagtens Abnehmer hingewiesen wird, und die am Schlusse des Briefes ausgesprochene Bitte um Einsendung eines Exemplares der Vereinsstatuten sammt Rechenschaftsbericht, enthalten die unzweideutige Hinweisung darauf, daß Kläger seine — nach seiner Intention zu Einleitung einer längeren Geschäftsverbindung dienende — Offerte, bei welcher das erste Geschäft bereits nach allen Richtungen so bestimmt normirt worden ist, daß es zur wirksamen Eingehung desselben nur noch der Einverständnißerklärung des Adressaten — des Beklagten — bedurft hat, eben an Niemand Anderen, als diesen Adressaten, den Beklagten, gerichtet hat. Ließ nun Beklagter, der in dem Briefe angezeigten Lieferzeit ungeachtet, diesen Brief überhaupt unbeantwortet, nahm er aber — wie dies Alles auf Einverständniß der Parteien beruht — die bei Ablauf jener Lieferzeit (von „ca. drei Wochen") mittels des Bl. der Landgerichtsacten in Abschrift ersichtlichen Frachtbriefes unter der Firma des Klägers von dem angezeigten Absendungsorte aus ihm gemachte Guanozusendung, welche dem offerirten Quantum bis auf einen verschwindend geringen Bruchtheil entspricht, nicht nur in Empfang, sondern begann er auch alsbald nach Empfang der Waare den Weiterverkauf derselben, ohne selbst den Eingang der Bl. abschriftlich enthaltenen Factura abzuwarten, so kann nach den oben gedachten Grundsätzen von Treu und Glauben diese Handlungsweise nicht anders gedeutet werden, als dahin, daß Beklagter, welcher sich bei Anwendung des gewöhnlichen, bei Jedem vorauszusetzenden Urtheilsvermögens, unter den im Obigen hervorgehobenen factischen Verhältnissen, darüber klar sein mußte, daß die Guanosendung zur Erfüllung der vom Kläger ihm offerirten Lieferung bewirkt werde, auf das offerirte Lieferungsgeschäft eingehe und daher die Sendung für seine, Beklagtens, Rechnung an- und in Empfang genommen haben wolle. So gewiß in dem Verhalten Beklagtens eine ausdrückliche, auf den Abschluß eines Lieferungskaufes gerichtete Willenserklärung desselben nicht gefunden werden kann, so gewiß muß in demselben ein thatsächlich erklärtes Eingehen auf die Lieferungsofferte Klägers gefunden werden. In den bisher erörterten Umständen liegt der Schwerpunkt für die Entscheidung des Streitverhältnisses. Was Beklagter nach Empfang der Factura, in welcher übrigens Kläger genau

an den in der Offerte geforderten Preis sich gehalten hat, bezüglich der Verwendung der Waare durch Fortsetzung des Verkaufs derselben noch gethan hat, dient dazu, die Annahme noch zu verstärken, daß Beklagter spätestens bei Empfang der Waare und dem sofortigen Beginn der Wiederveräußerung derselben die Absicht gehegt habe, den offerirten Lieferungskauf abzuschließen. —

Civilrecht.

1.

Prozeßfähigkeit der als Klägerin auftretenden Ehefrau; § 51_2 der CPO. — Rechtliche Natur der Verzugszinsen insbesondere mit Rücksicht auf die Vorschriften in §§ 146, 675 des BGB.'s und auf das dem Ehemann an den Capitalforderungen der Ehefrau zustehende Nießbrauchsrecht.

Urtheil des OLG. (IV. Sen.) vom 28. März 1882 no. 5 O. IV. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Die verehelichte F. klagte im Wechsel-Prozesse gegen die Erben des K. auf Bezahlung der Valuta eines vom Letztern auf ihre, der Klägerin, Ordre ausgestellten Wechsels (600 M.) sammt Zinsen vom Verfall des Wechsels. In erster Instanz wurden Beklagte zur Bezahlung des Stammes, nach Verhältniß ihrer Erbtheile, verurtheilt, dagegen wurde die Klage wegen der Zinsen aus hier nicht weiter interessirenden Gründen, abgewiesen. Die Beklagten verlangten mit ihrer Berufung Abweisung der Klage, soweit sie verurtheilt worden. Klägerin verlangte mittels Anschlußberufung Verurtheilung der Beklagten zur Zinsenzahlung von dem Tage an, an welchem von ihr in der mündlichen Verhandlung in erster Instanz der eingeklagte Wechsel den Beklagten vorgelegt worden. Das OLG. wies die Berufung der Beklagten zurück und verurtheilte auf die Anschlußberufung dem Antrage gemäß. Zur Begründung der Berufung haben die Beklagten angeführt:

Wenn schon nach § 51 Abs. 2 der CPO. die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Ehefrau hinsichtlich der Prozeßfähigkeit nicht beschränkt sei, so sei doch auch wiederum das materiellrechtlich bestehende Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht des Ehemanns am Vermögen

der Ehefrau nach dem Ausspruche der Motiven zu dieser gesetzlichen Bestimmung und nach dem übereinstimmenden Zeugnisse namhafter Commentatoren — wie v. Wilmowski und Levy, sowie Struckmann und Koch zu § 51 — ebensowenig beschränkt und es mache sich daher im einzelnen Falle und insbesondere auch in einem Falle wie der vorliegende, in welchem eine Ehefrau als Klägerin auftrete, die Prüfung der Frage erforderlich, ob dieselbe — ohne Beitritt ihres Ehemannes als Forderungsberechtigte klagend — sachlich zu solcher Klage berechtigt erscheine.

a. Bedürfe nun nach § 1638 des BGB. eine Ehefrau zu allen Rechtsgeschäften mit Dritten, durch welche sie nicht lediglich erwerbe, der Einwilligung ihres Ehemannes, so müsse im vorliegenden Falle der Klägerin das Klagrecht auf Grund des der Klage zu Grunde liegenden Wechsels abgesprochen worden, weil die Klägerin durch Eingehung des betreffenden Wechselgeschäftes nicht nur Rechte erworben, sondern auch Verpflichtungen auf sich genommen, mindestens materiell-rechtliche Vermögensdispositionen — ohne Beitritt des Ehemannes — getroffen habe, durch welche ausschließlich der Erwerb von Rechten keineswegs sich documentire. Es könne nicht angenommen werden, daß die Ausstellung des — von den Beklagten vorgelesenen, Bl. der Landgerichtsacten abschriftlich enthaltenen — auf die Ordre der Klägerin gestellten Klagwechsels Seiten des Erblassers der Beklagten erfolgt sei, um der Ersteren mit der Wechselvaluta ein Geschenk zu machen. Man müsse vielmehr annehmen, daß die Klägerin sich den fraglichen Wechsel vom Erblasser über eine ihr an denselben zustehende Forderung habe ausstellen lassen. Schon daraus, daß somit die Klägerin ihrem Schuldner die Forderung auf die Zeit vom Tage der Ausstellung des Wechsels bis zum Verfalltage zinsenfrei gestundet und daß dieselbe durch das Eintreten in das Wechselgeschäft sich den besonderen Bestimmungen des Wechselrechtes auch ihrerseits unterworfen habe, folge, daß auch die Klägerin ihrerseits durch das Wechselgeschäft nicht lediglich erworben habe und daß daher dieselbe zur wirksamen Eingehung desselben des Beitrittes ihres Ehemannes bedurft hätte, wofür von ihr nicht einmal eine Behauptung aufgestellt, weniger noch etwas bewiesen worden sei.

Es komme noch hinzu, daß

b. nach bekannten wechselrechtlichen Grundsätzen und nach den aus der rechtlichen Stellung des Ehemannes der Klägerin als Nießbrauchs- und Verwaltungs-Berechtigten in Betreff des Vermögens derselben geltenden materiellen Bestimmungen, wenn es zur Zahlung der Wechselvaluta künftig kommen sollte, die Beklagten dieselbe doch nur gegen Herausgabe des von der Klägerin mit Beitritt des Ehemannes quittirten Wechsels zu leisten haben würden, woraus sich weiter ergebe, daß Erstere zur Einklagung der Wechselvaluta aus dem bei a gedachten, von ihr ohne Concurrenz des Ehemannes abgeschlossenen Wechselgeschäfte jedenfalls nicht legitimirt erscheine.

Die Klägerin hat zur Rechtfertigung ihres auf Zurückweisung der Berufung gerichteten Antrages sich auf die Gründe der vorigen Instanz bezogen und darauf hingewiesen, daß, indem die CPO. den (Hauskindern und) Ehefrauen die Prozeßfähigkeit als Folge der Handlungsfähigkeit dieser Personen verliehen habe, hiermit auch die Prozeßfähigkeit in vollem Umfange anerkannt worden sei, mithin auch im gegenwärtigen Falle, in welchem zweifellos nach Inhalt des Klagwechsels ein von der Ehefrau erworbenes Forderungsrecht in Frage komme, derselben das Befugniß, dieses Recht selbständig im Prozeßwege zur Geltung zu bringen, nicht werde zu versagen sein. — Die oben unter a gedachten Ausführungen der Beklagten hat die Klägerin als unbeachtlich bezeichnet, da dieselben auf bloßen, durch nichts unterstützten Vermuthungen beruhten. Um allen und jeden Bedenken zu begegnen, welche aus dem Mangel des Beitrittes des Ehemannes zu dem fraglichen Wechselgeschäfte und zum vorliegenden Rechtsstreite hergeleitet werden könnten, ist seiten der Klägerin die als Protocoll-Anlage B zu den Acten gebrachte Ratihabitions-Erklärung des Ehemannes der Beklagten vom 24. Februar 1882 vorgelegt und vorgelesen worden.

Zur Rechtfertigung der wegen der Abweisung hinsichtlich der Zinsen erklärten Anschließung hat die Klägerin ausgeführt: Sie beanspruche die geforderten Zinsen als Verzugszinsen von dem Tage an, an welchem von ihr in der mündlichen Verhandlung der von ihr eingeklagte Wechsel den Beklagten vorgelegt worden sei, denn von da an befänden sich die Beklagten zweifellos im Verzuge. Hierbei wurde unter Uebereinstimmung der Parteien, vom Vorsitzenden des Gerichts

auf Grund Bl. der Landgerichtsacten festgestellt, daß jener Tag der 12. December 1881 sei. Im Uebrigen verwies auch hier die Klägerin auf den von ihren Prozeßgegnern vorgetragenen Thatbestand und bemerkte noch: die geforderten Verzugszinsen bildeten eine Nebenforderung zur geklagten Hauptforderung; müßte letztere, wie sie, Klägerin, behaupte, ihr zuerkannt werden, so müsse aus den gleichen Gründen diese Zuerkennung auch hinsichtlich der Zinsen erfolgen; es sei dies um so zweifelloser, als die gedachten Zinsen nach § 146 verb. mit § 675 des BGB.'s ohne den Hauptstamm nicht würden eingeklagt, ja als dieselben nicht einmal vom Ehemanne der Klägerin separat würden beigetrieben werden können. Ob und inwieweit etwa der Ehemann gegenüber der Klägerin, wenn an diese die fraglichen Zinsen als selbständige Prozeßpartei gezahlt worden sein würden, kraft seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechtes die Inferirung dieser Zinsen würde verlangen können, sei eine die Beklagten nicht interessirende, daher hier nicht weiter zu erörternde Sache — (sogenannte res inter alios). —

Die Beklagten haben den Ausführungen der Klägerin widersprechend die von derselben vorgelegte Ratihabitions-Erklärung zwar als ächt anerkannt, jedoch bemerkt, dieselbe erscheine als einflußlos. Denn einmal drücke ihr Inhalt in materieller Hinsicht nicht die von ihnen bezüglich der Sachlegitimation der Klägerin gerügten Mängel aus und sodann komme diese Ratihabition zu spät; der Umstand, daß von Anfang an der Klägerin aus dem fraglichen Wechselgeschäfte, wie gezeigt worden, eine Berechtigung nicht erwachsen sei, könne durch einen nachträglich erklärten Beitritt des Ehemannes, nachdem sie, Beklagte, jenen Mangel im Prozesse zur Geltung gebracht hätten, nicht mehr geheilt werden.

Entscheidungsgründe.

Die Frage, welche Wirkungen die der Ehefrau in § 51 Abs. 2 der CPO. verliehene unbeschränkte Prozeßfähigkeit, gegenüber dem nach dem K. S. BGB. dem Ehemanne — abgesehen von dem gegenwärtig nicht in Betracht kommenden Falle, daß die Ehefrau Receptitien-Vermögen besitzt — am Vermögen der Ehefrau zustehenden Nießbrauchs- und Verwaltungsrechte zu äußern habe, braucht hier

nicht in ihrem vollen Umfange erörtert zu werden; es genügt, die Frage von dem Gesichtspunkte aus, daß eine Ehefrau als Klägerin auftritt, zu betrachten.

Nun weist zunächst der klare Wortlaut der angez. gesetzlichen Bestimmung — und dieser ist nach bekannten Regeln der Auslegungskunst zunächst zum Anhalte zu nehmen — darauf hin, daß die Ehefrau als solche, ganz allgemein, mithin auch soweit sie sich materiellrechtlich das Nutznießungs- und Verwaltungs-Recht des Ehemannes an ihrem Vermögen gefallen lassen muß, in Bezug auf die Prozeßfähigkeit von diesem Rechte des Ehemannes befreit dasteht. Es wird dies z. B.

v. Bülow, die CPO. (II. Aufl.) zu § 51 S. 30,

so ausgedrückt, daß er sagt: durch die Vorschrift von § 51 Abs. 2 der CPO. wird die Dispositionsbefugniß aus dem Gebiete der Prozeßfähigkeit in das der Sachlegitimation verwiesen — — — die Ehefrauen sind prozessualisch selbständig. Hieraus wird sich die Folgerung nicht ablehnen lassen, daß es der Ehefrau freistehen müsse, ein materiell ihr zustehendes Recht allein, ohne den Ehemann, wenn dasselbe streitig wird, im geordneten Prozeßwege soweit zu verfolgen, bis sie ein das Streitverhältniß abschließendes Endurtheil erreicht hat — denn ohne diese Befugniß würde die Ehefrau eben nicht „selbständige Prozeß-Partei" sein.

Die hier einschlagenden Motiven, welche nicht selbst Gesetz sind, sondern nur ein, wenn schon gewichtiges, Material für die Gesetzes-Auslegung bilden (mitgetheilt bei Seuffert, die CPO. § 51 S. 49, bei Struckmann und Koch III. Aufl. S. 41), besagen:

„Es braucht sich der (Hausvater oder) Ehemann aus Judicaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen (des Hauskindes oder) der Ehefrau nicht gefallen zu lassen, welches in Folge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schuldner entzogen ist. Nichtsdestoweniger werden die Entscheidungen gegen (das im Prozeß stehende Hauskind, bez.) die Ehefrau rechtskräftig. Durch diese Vorschriften werden die Beschränkungen des Verfügungsrechtes in das Gebiet der Sachlegitimation verwiesen und es ist dies durchaus angemessen, weil die beschränkenden Rechte dem materiellen Rechte angehören. — Eine Vervielfältigung

der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften aber nicht zu besorgen, weil die Institute der Intervention und der Streitverkündigung die Möglichkeit gewähren (den Hausvater, bez.), den Ehemann am Prozesse zu betheiligen." Nach diesem Gedankengange der Motiven, welcher allen veröffentlichten Commentirungen der fraglichen Gesetzes-Stelle zu Grunde liegt, tritt, gegenüber der als selbständige Prozeßpartei klagenden Ehefrau die Frage: ob sie hinsichtlich des Prozeßobjectes durch das Nießbrauchs- und Verwaltungs-Recht ihres Ehemannes in Bezug auf ihre Sachlegitimation beschränkt sei, erst hervor, wenn in Frage: wie nach dem erwirkten Judicate — also nach Erwirkung des das Streitverhältniß abschließenden Enderkenntnisses und dessen Rechtskraft, hinsichtlich des den Streitgegenstand bildenden Anspruches weiter gebahrt werden könne und dürfe; eine Frage, welche gegenwärtig, da es sich um Ertheilung der nur bezeichneten Endentscheidung handelt, nicht zu beantworten ist. Wenn in letzterer Richtung künftig noch Differenzen hervortreten sollten, so würden dieselben zunächst durch die erste Instanz, bez. vor dem Vollstreckungsgerichte zur Erledigung zu kommen haben — das Oberlandesgericht als höheres Gericht hat hierüber, zur Zeit wenigstens, sich keineswegs auszusprechen. Hierdurch erledigen sich zugleich die oben unter b von den Beklagten hervorgehobenen Bedenken. — Wie sich im einzelnen Falle der Ehemann wegen seines Verwaltungs- und Nießbrauchsrechtes der Selbständigkeit der Ehefrau als Prozeßpartei ungeachtet prozessualisch schützen könne, bez. geschützt werden könne, ist durch die Hindeutung auf die Rechtsinstitute der Intervention und der Streitverkündigung hinreichend bekundet. — Wenn, wie

Gaupp, Commentar S. 175,

bezeugt, der Gesetzgeber durch die Bestimmungen in § 51 der CPO. soweit als für den Civil-Prozeß nothwendig, in das Civil-Recht hat eingreifen wollen, so wird man die Grenze, bis zu welcher hier das Reichsgesetz das bürgerliche Recht im Königreiche Sachsen eingeschränkt hat, in den obigen Ausführungen zu finden haben, soweit es sich um die Ehefrau als Klägerin handelt. Dem Bisherigen zufolge mußte die von den Beklagten ergriffene Berufung zurückgewiesen werden. Denn auch die oben unter a gedachten, von den Beklagten in Hinblick auf die Vorschriften in § 1638 des BGB.'s erhobenen

Bedenken können schon deshalb auf Beachtlichkeit nicht weiter Anspruch machen, weil sie ohne alle thatsächliche Unterlagen, lediglich auf dem Gebiete von Vermuthungen sich bewegen, durch welche der — nach dem Thatbestande positiv feststehende — Umstand: daß der, wie die Beklagten eingeräumt haben, von ihrem gemeinschaftlichen Erblasser ausgestellte Klag-Wechsel auf die Ordre der Klägerin lautet, mithin diese als Forderungsberechtigte hinsichtlich der Wechselvaluta erscheinen läßt, nicht beseitigt oder beeinträchtigt wird.

Dagegen hatte man auf die Anschließung der Klägerin hinsichtlich des Zinsenpunktes das vorige Urtheil abzuändern. — Aus dem Thatbestande ist ohne weitere Deduction zu entnehmen, daß die Beklagten am 12. December 1881 durch unter Vorlegung des Klagwechsels in der mündlichen Verhandlung Seiten der Klägerin bewirktes Verlangen der Zahlung in Verzug gesetzt worden sind. Die hiernach in Frage kommenden Verzugszinsen, in dieser Eigenschaft: der durch das Gesetz quantificirte Betrag des Schadens, welcher wegen der rechtswidrigen Verzögerung der Capitalsleistung zu ersetzen ist, bilden einen Theil derjenigen Leistung, welche Beklagte schulden und es muß nach den nämlichen Grundsätzen, nach welchen das Capital selbst der Klägerin zugesprochen werden mußte, die Verurtheilung auch mit auf diesen Anhang gerichtet werden. Denn ganz abgesehen noch von der Frage: ob überhaupt dergleichen Verzugszinsen in ihrer Eigenschaft als Aequivalent für den durch die Capitals-Entbehrung erlittenen Schaden, den bürgerlichen Früchten, wie die vertragsmäßigen Zinsen sich beizählen lassen und ob also das Recht auf deren Erhebung als ein dem Ehemann kraft seines Nießbrauchsrechtes von Haus aus erworbenes Recht angesehen werden dürfe — würden diese Zinsen jedenfalls von dem Ehemanne nach §§ 146, 675 des BGB.'s nicht weiter besonders eingeklagt werden können, und also, wenn man sie der Klägerin nicht mit zubilligen wollte, überhaupt verloren gehen. — Ob der Ehemann seinerseits deren Ausantwortung von der Klägerin zu verlangen berechtigt sein werde, ist hier nicht zu untersuchen. — Es waren sonach die Beklagten zur Zahlung der geforderten Verzugszinsen nach Maßgabe derjenigen Quoten zu verurtheilen, welche sie von dem geklagten Stammbetrage in ihrer Qualität als Erben des Wechselausstellers zu bezahlen haben. Nur mußte, was diese

Zinsenzahlung anlangt, die Verurtheilung dahin ausfallen, daß die Zahlung von den Beklagten aus eignen Mitteln zu bewirken sei, da der sie haftbar machende Verzug mit ihrer Eigenschaft als Erben des Wechselausstellers nichts zu thun hat, sondern auf eine rechtswidrige Säumniß ihrerseits hinaus kommt, daher auch von ihnen mit eignen Mitteln zu vertreten ist. —

Da dem Bisherigen zufolge durchgehends zu Gunsten der Klägerin zu entscheiden gewesen, hat dahin gestellt bleiben können, ob, insbesondere mit Rücksicht auf die Vorschriften in § 556 der CPO. die erst bei der Verhandlung in der Berufungsinstanz vorgelegte Ratihabitions-Urkunde den dadurch von der Klägerin erstrebten Erfolg einer Beseitigung der von den Beklagten bezüglich des Mangels des Beitritts des Ehemannes zu dem in Frage kommenden Wechselgeschäfte und zur Prozeßführung seiten der Klägerin erhobenen Einwendungen hätte äußern können.

2.

Zurückbehaltungs-Recht des Vermiethers an den in die Miethräume vom Abmiether gebrachten, hiernach von dem Letztern an einen Dritten verkauften und übergebenen, von diesem jedoch leihweise in der Innehabung des Abmiethers gelassenen Gegenständen; §§ 1228 BGB., Konkurs-O. § 41_4. — Rechtliche Wirkung des von einer Ehefrau als Handelsfrau über das Geschäftslokal nebst Wohnung abgeschlossenen Miethvertrages; Art. 6 des Allg. D. HGB., § 11 der Reichs-Gewerbe-O. vom 21. Juni 1869, §§ 1633 flg, 1650, 1651 BGB. Pflicht des Ehemannes zum Unterhalt der Ehefrau, soweit seine Mittel reichen, §§ 1634, 1846 flg. BGB.

Urtheil des OLG. v. 1. Juni 1881 (I. Sen.) no. 82 O. I. 1881.

Aus den Entscheidungsgründen.*)

Es beruht im Einverständnisse der Parteien, daß die verehel. G. mit Genehmigung ihres Ehemannes diejenigen Miethräume, in welche sodann die streitigen Gegenstände von ihr eingebracht worden sind und in denen dieselben sich noch jetzt befinden, von dem Beklagten

*) Kläger ist der Käufer der vom Beklagten zurückgehaltenen Mobilien der verehelichten G. Er verlangt Freigabe dieser Sachen. D. R.

vom 1. Januar 1878 ab ermiethet hatte und daß von dem, Seiten der verehel. G. dem Beklagten für diese Räume in vierteljährlicher Pränumeration vertragsmäßig zu gewähren gewesenen Miethzinse auf die bis mit dem 1. Jauuar 1879 fällig gewordenen Vierteljahrsraten noch jetzt ein Betrag von 392 M. 50 Pf. rückständig ist, ingleichen, daß Beklagter sowohl gegen die verehel. G., als gegen den Gerichtsvollzieher an den von Letzterem der Ersteren abgepfändeten beweglichen Gegenständen wegen dieser Miethzinsforderung das streitige Retentionsrecht geltend gemacht hat.

Dies genügt, um dem Beklagten als Vermiether nach § 1228 des BGB.'s ein Zurückhaltungsrecht an den geklagten Pfandgegenständen und demzufolge das Recht auf prioritätische Befriedigung aus denselben zu verschaffen und ihm solches auch dem Kläger gegenüber zu wahren, obwohl dieser unbestrittenermaßen jene Gegenstände von der verehel. G. am 30. Septbr. und bez. am 8. Dezember des Jahres 1878 bereits erkauft und übergeben erhalten hatte. Denn steht dies Recht dem Vermiether auch nur wegen fälliger Miethzinsforderungen zu, so kommt es doch in dergleichen Fällen nicht, wie die vorige Instanz annimmt, auf die Fälligkeit zur Zeit des Kaufabschlusses über die betreffenden Sachen, sondern nur darauf an, ob zu dem Zeitpunkte, in welchem das Zurückhaltungsrecht ausgeübt wird, *Miethzinsen fällig sind*. Zu diesem Zeitpunkte war im vorliegenden Falle aber der gesammte obgedachte Miethzinsrest der 392 M. 50 Pf. längst zahlbar. Den in Betreff dieser Frage von dem vormaligen Königl. Oberappellationsgerichte befolgten Grundsätzen, nach denen das in § 1228 des BGB.'s anerkannte Zurückhaltungsrecht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen des Miethers als ein dem Faustpfandrechte analoges Recht anzusehen ist, welches *durch die Einbringung* der Sachen in die ermietheten Räume zur Entstehung gelangt und von dem Augenblicke an, in welchem der Miether mit Vertragsverbindlichkeiten im Rückstande geblieben ist, in Ansehung der zu diesem Zeitpunkte noch in den Miethräumen vorhandenen Sachen des Miethers seine Wirksamkeit auch gegen Diejenigen äußert, welche an den Sachen, ohne daß damit ihre Fortschaffung aus den Miethräumen verbunden gewesen ist, dingliche Rechte, sei es vor oder nach dem Eintritte der Fälligkeit der Forderungen des Vermiethers, erworben haben,

vergl. Annalen des OLG.'s., N. F. Bd. 2 S. 423, Bd. 4 S. 152 flg. und II. Folge Bd. 3 S. 264 flg. —

hat auch das Oberlandesgericht sich angeschlossen und hat diese Grundsätze seinen Entscheidungen schon wiederholt ebenfalls zu Grunde gelegt. Insbesondere erscheint die Festhaltung dieser Ansicht in Fällen außerhalb des Konkurses auch nach dem Inkrafttreten der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung unbedenklich, da es bei denselben lediglich um die dem materiellen Rechte angehörigen Wirkungen des in § 1228 des BGB.'s anerkannten Zurückhaltungsrechtes sich handelt. Die Civilprozeßordnung hat in diese nicht eingegriffen, hat vielmehr in § 710 nur ein Verfahren geordnet, welches in dem Falle, wenn das Recht des Vermiethers mit dem durch Pfändung der eingebrachten Sachen des Miethers an diesen entstandenem Pfandrechte zusammentrifft, von dem Ersteren einzuleiten sein wird, um den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Pfandstücke zur Geltung zu bringen,

— vergl. die Commentare von Seuffert zu § 710 not. 1 bei lit. c und v. Sarwey's, Bd. 2 Seite 182 not. 4.

Auch die Konkursordnung enthält keine hier einschlagenden Bestimmungen allgemeinen Inhalts, hat vielmehr nur ein Absonderungsrecht des Vermiethers in dem Konkurse des Miethers in Ansehung der eingebrachten Sachen in § 41 unter 4 angeordnet, wogegen außerhalb des Konkurses das Recht des Vermiethers an den eingebrachten Sachen nach dem bürgerlichen Rechte sich richtet,

vergl. v. Sarwey, Konkursordnung S. 301.

Der Käufer erwirbt nach dem Allen zwar die dem Miether abgekauften Sachen, jedoch nur mit den darauf für den Vermiether zufolge ihrer Einbringung in die Miethräume bereits haftenden Rechten.

Hieran ist im gegenwärtigen Falle auch dadurch nichts geändert worden, daß über die ratenweise Abzahlung der aufgelaufenen Miethzinsreste am 19. November 1878 zwischen der verehel. G. und dem Beklagten ein gerichtlicher Vergleich getroffen worden ist. Durch diesen Vergleich ist der Miethzinsanspruch des Beklagten, wie die vorige Instanz mit Recht bemerkt hat, nicht aufgehoben, sondern es ist durch denselben nur vom Beklagten ein zweiter Klaggrund für seine Forderung erworben worden.

Dagegen greift obiges Zurückhaltungsrecht des Beklagten wegen der in jenem Vergleiche von Seiten der verehel. S. zur Berichtigung mit übernommenen Prozeßkosten an 69 M. 71 Pf. nicht Platz. Dieser Ersatzanspruch fällt nicht unter die in § 1228 des BGB.'s gedachten Vertragsverbindlichkeiten des Miethers, sondern ist durch den über letztere entstandenen Prozeß nur veranlaßt, seine rechtliche Begründung aber findet er, da es in dem Prozesse zu einer Entscheidung nicht gekommen ist, lediglich in dem abgeschlossenen Vergleiche, also in einem außerhalb des Miethvertrags liegenden Rechtsgrunde.

Anlangend sodann den vom Beklagten nicht bestrittenen Umstand, daß die von der verehel. S. dem Beklagten abgemietheten Räumlichkeiten aus einem Geschäftslocale und einer Wohnung bestanden haben und daß dabei für das Geschäftslocal, wie für die Wohnung je ein besonderer Miethzinsbetrag ausgeworfen worden ist, sowie daß die geklagten Pfandgegenstände in dieser Wohnung aufbewahrt gewesen und gepfändet worden sind: so glaubt der Kläger zwar hieraus folgern zu können, daß dem Beklagten ein Retentionsrecht an diesen Gegenständen höchstens wegen des für die Wohnung zahlbar gewesenen Miethzinses zugestanden werden könnte. Dem steht jedoch schon entgegen, daß der Kläger selbst nicht zu behaupten vermocht hat, es sei über die Wohnung und über das Geschäftslocal je ein besonderer Miethvertrag abgeschlossen worden, daß vielmehr nach Demjenigen, was hierunter besage des Thatbestandes der vorigen Entscheidung unter den Parteien thatsächlich feststeht, über beide Localitäten ein gemeinsamer Miethvertrag abgeschlossen gewesen und daß demgemäß auch in dem am 19. November 1878 getroffenen Vergleiche der Miethzins für beide Locale von den Betheiligten als ein Ganzes behandelt worden ist. Der gewöhnlichen Erfahrung entsprechend ist daher anzunehmen, daß die gesonderte Auswerfung des auf die Wohnung und des auf den Geschäftsraum sich repartirenden Miethzinsbetrages hauptsächlich nur mit Rücksicht auf die Art, in welcher die städtischen Abgaben in D. erhoben werden, bewirkt worden sein möge. Für die vom Kläger beanspruchte getrennte Behandlung des für die Wohnung ausgeworfenen Miethzinsbetrages fehlt es sonach an genügenden Anhaltspunkten. Im Gegentheil muß nach Obigem

davon ausgegangen werden, daß, da die verehel. G. die Schuldnerin des gesammten Miethzinses ist, es für die Rechte des Beklagten einflußlos bleibt, in welche Räume die verehel. G. ihre einzelnen Mobilien eingebracht hat. Es ist deshalb nicht nöthig, noch besonders darauf hinzuweisen, daß auch die weitere Annahme Klägers, es sei der Miethzins für die Wohnung als die lästigere Schuld zu betrachten und es müßten deshalb nach § 979 des BGB.'s die Abschlagszahlungen der verehel. G. zunächst auf den Miethzins für die Wohnung gerechnet werden, der thatsächlichen Begründung ebenfalls entbehrt.

Die Einrede, daß nach den §§ 1633, 1635 des BGB.'s der Ehemann der G. für die Kosten der gemeinschaftlichen Wohnung aufzukommen habe und daß deshalb die Ermiethung der Wohnung durch die Ehefrau nach den §§ 1651, 1650 des BGB.'s als eine wegen Mangels der vorgeschriebenen Formalitäten nichtige Verpflichtung der verehel. G. für ihren Ehemann anzusehen sei, ist vom Kläger nicht erhoben worden. Wenn man indeß auch zu Gunsten Klägers annähme, daß es von Seiten desselben in dieser Beziehung der Vorschützung und näheren Begründung einer Einrede nicht erst bedurft habe, sondern daß auf obige Gesetzesvorschriften ohne Weiteres amtshalber Rücksicht zu nehmen sei und wenn man ferner auch davon absehen wollte, daß es nicht unzweifelhaft ist, ob auf die für das Verhältniß der Ehegatten unter einander bestimmten Vorschriften der §§ 1633, 1635 des BGB.'s im Interesse dritter Personen überhaupt so schlechthin und ohne Rücksicht darauf Bezug genommen werden könne, daß für die Ehefrau in dem in § 1637 des BGB.'s bemerkten Falle der Verarmung des Ehemannes sogar eine Verpflichtung, ihrerseits für die Bedürfnisse des Letzteren zu sorgen, bestehen kann und resp. daß die Verpflichtung des — im gegenwärtigen Falle nach dem eigenen Vorbringen des Klägers in Konkurs verfallenen — Ehemannes, für den Unterhalt der Ehefrau zu sorgen, gemäß § 1634 jct. 1846 flg. des BGB.'s nur soweit besteht, als derselbe hierzu vermögend ist,

vergl. Wochenblatt für merkwürdige Rechtsfälle, Jahrgang 1872 S. 503 jct. S. 500 flg.,

so würde hier doch in Betracht kommen müssen, daß die verehel. G. unbestrittenermaßen Handelsfrau ist und folglich nach Art. 6 des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuchs, verb. mit § 11 der Gewerbe-

ordnung vom 21. Juni 1869 unbehindert war, für ihre Rechnung die zum Betriebe ihres Gewerbes nöthigen Räumlichkeiten zu ermiethen. Hat aber solchenfalls die Ehefrau — wie dies hier und zwar unter Zustimmung des Ehemannes geschehen ist — mit dem Geschäftslocale gleichzeitig in demselben Hause auch Wohnungsräume ermiethet, so muß — zumal das Geschäftslocal nach der Höhe des darauf ausgeworfenen Miethzinsantheiles als der hauptsächlichere Miethgegenstand sich darstellt — bis zum Beweise des Gegentheiles davon ausgegangen werden, daß die Ehefrau die Wohnräume mit Rücksicht auf ihren in diesem Hause stattfindenden Gewerbebetrieb und behufs leichterer und vortheilhafterer Ausübung desselben, bez. zugleich zu Aufbewahrung von Waarenvorräthen und zu Besorgung der schriftlichen oder sonstigen Geschäftsarbeiten, mitermiethet habe, nicht aber, um dadurch blos etwa für den Ehemann zu intercediren, und am allerwenigsten würde bei solcher Sachlage ohne Weiteres sich annehmen lassen, daß der Vermiether habe wissen müssen, die Frau wolle in Ansehung der von ihr mit dem Geschäftslocale zugleich ihm abgemietheten Wohnung sich lediglich anstatt ihres Ehemannes und für denselben verpflichten, vergl. § 1654 des BGB.'s. Sollte also auch der Ehemann der verehel. G. durch den von dieser zugleich über Ermiethung von Wohnräumen abgeschlossenen Vertrag seinerseits der nach den §§ 1633, 1635 des BGB.'s ihm obliegenden Beschaffung einer gemeinschaftlichen Wohnung ganz oder theilweise etwa wirklich überhoben worden sein: so würde dies doch unter den vorliegenden Verhältnissen weder die gänzliche, noch auch nur eine theilweise Nichtigkeit des Miethvertrages zur Folge haben, vielmehr nach Befinden nur für das Verhältniß zwischen den G.'schen Eheleuten dergestalt Wirkung äußern können, daß die verehel. G. insoweit, als sie etwa durch jene Mitermiethung von Wohnräumen zugleich die Geschäfte ihres Ehemannes geführt hätte, Anspruch auf Ersatz des für Letzteren Aufgewendeten an denselben würde erheben können.

3.

Schließung eines Mobiliarkaufs zur Sicherstellung einer Forderung des Käufers an den Verkäufer; Scheingeschäft?

— Die Vorschriften des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 verglichen mit den Bestimmungen in §§ 1509 flg. des BGB.'s*). — Die Kosten der vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung bilden einen mit zu erstattenden Theil der Kosten des Interventions-Prozesses nach § 690 der CPO.

Urtheil des OLG. (I. Sen.) vom 9. Juni 1881 no. 60 O. I. 1881.

Aus den Entscheidungsgründen.

Die vorige Instanz ist zwar mit Recht davon ausgegangen, daß die erhobene Klage nicht blos schlüssig begründet, sondern auch durch das Geständniß des Beklagten, verbunden mit der beeideten Zeugen-Aussage W's., in Liquidität gesetzt sei und es ist hiergegen auch vom Beklagten selbst nichts eingewendet worden.

Dagegen vermochte man die Erwägungen, auf Grund deren die vorige Instanz die Einrede des Beklagten, daß der streitige Vertrag A nur zum Scheine unter der Form eines Kaufes abgeschlossen worden, die Absicht der Betheiligten aber dabei nur auf den Abschluß eines Pfandvertrages gerichtet gewesen sei, für bewiesen angesehen hat, nicht als zutreffend anzuerkennen, erachtet dieselben vielmehr zum Theil schon durch die Ausführungen des Klägers im Berufungsverfahren für widerlegt. Denn in der Hauptsache stützen die Gründe der vorigen Instanz sich darauf, daß nach den vorliegenden Umständen der Vertrag A lediglich behufs Sicherstellung der dem Kläger an den früheren Hôtelbesitzer W. zugestandenen Forderung zu Stande gekommen sei und daß deshalb angenommen werden müsse, die wahre Absicht der Contrahenten sei nicht auf Abschließung eines Kaufes, sondern nur auf eine Verpfändung gerichtet gewesen. Es ist jedoch eine nicht zu bezweifelnde und in der Rechtsprechung fast ausnahmslos anerkannte Thatsache, daß auch ein Kaufsabschluß nicht nur ein völlig zulässiges, sondern unter Umständen sogar ein besonders geeignetes Mittel zu Sicherstellung einer Forderung bildet und daß mit-

---

*) Zu vergl. diese Annalen Bd. II. S. 335.

Kläger (und Berufungskläger) fordert auf Grund eines von ihm als Käufer mit dem frühern Hôtelbesitzer W. abgeschlossenen Mobiliarkaufes vom Beklagten Freigabe gewisser Mobilien, welche Letzterer dem später in Konkurs verfallenen W. hat abpfänden lassen. Die Red.

hin deßhalb allein, weil dem Vertragsabschlusse eine Sicherstellungsabsicht zu Grunde liegt, in dem Abschlusse eines Kaufvertrages nicht so ohne Weiteres der Wille der Contrahenten gefunden werden darf, unter der äußeren Form des Kaufes lediglich einen Pfandvertrag abzuschließen. Vielmehr muß, wenn dies, gegenüber der ausdrücklich und bestimmt auf den Abschluß eines Kaufes gerichteten ausdrücklichen Willenserklärung der Vertragschließenden, angenommen werden soll, besonders bewiesen sein, daß von diesen dennoch in Wahrheit nicht die rechtlichen Folgen und Wirkungen eines Kaufes, sondern blos die einer Verpfändung gewollt worden seien. Dies kann aber nicht schon dann angenommen werden, wenn die Kaufsgegenstände in der Inhabung und Benutzung des Verkäufers geblieben sind (s. § 201 des BGB.'s) und wenn deshalb vom Verkäufer die Entrichtung einer Leih- und Abnutzungsgebühr versprochen, zugleich aber ihm das Recht des Rückkaufs für bestimmte Zeit gegen einen im Voraus festgesetzten Rückkaufspreis eingeräumt worden ist, sowie wenn der Käufer nach seinen Aeußerungen nur ungern auf das Geschäft eingegangen ist und den Wunsch gehegt hat, die Sachen möchten ihm nicht für immer überlassen bleiben. Denn alle diese Umstände sind auch mit der Willensmeinung der Contrahenten, daß behufs Sicherstellung des Käufers wegen der demselben an den Verkäufer zustehenden Forderungen wirklich ein Kauf über die Sachen abgeschlossen werden solle, sehr wohl vereinbar und beweisen insgesammt noch nicht, daß nach dem Willen der Betheiligten der Gläubiger als Käufer nicht wirklicher Eigenthümer der Sachen werden und zu Ausübung der Rechte eines Eigenthümers nicht befugt werden, sondern etwa, gleich einem Pfandgläubiger, nur berechtigt sein solle, bei Nichtzahlung seiner Forderung an die Sachen sich zu halten und deren Erlös auf seine Forderung abzurechnen, beziehentlich denselben zu Befriedigung seiner Forderung zu verwenden. Letzteres würde sich zwar annehmen lassen und folglich zu einem anderen Ergebnisse führen, — wie vom Oberlandesgericht erst kürzlich in einem solchen Falle dargelegt worden ist, — wenn die Contrahenten, ungeachtet der vom Verkäufer über die vom Käufer durch Aufrechnung gegen eine an Ersteren ihm zustehende Forderung bewirkte Berichtigung des Kaufpreises ausdrücklich erklärten Quittung, unter einander darüber ein-

verstanden sind, daß die Forderung des Käufers damit nicht getilgt sein, Letzterer vielmehr blos das Recht haben solle, die erkauften Sachen behufs Abrechnung des damit zu erzielenden Erlöses auf seine Forderung zu veräußern. So ist jedoch der vorliegende Fall nicht gestaltet. Vielmehr ist durch die beeideten Zeugen-Aussagen der W.'schen Eheleute bewiesen, nicht nur daß keineswegs von den Contrahenten vereinbart worden ist, der Kauf solle nur zum Scheine abgeschlossen werden und es sollten die Sachen Eigenthum des Verkäufers bleiben, sondern namentlich auch daß der Käufer den Kaufpreis der 15000 M. nach Höhe von ca. 9000 M. durch Aufrechnung auf seine an den Verkäufer in diesem Betrage für geliefertes Fleisch ihm zustehende Forderung, im Uebrigen aber, also nach Höhe von ca. 6000 M., baar an den Verkäufer gewährt hat. Unter den hier obwaltenden Verhältnissen würde es mithin schon nach § 809 des BGB.'s nicht zulässig sein, das von den Contrahenten ausdrücklich als Kauf bezeichnete und in die Form eines Kaufes eingekleidete Rechtsgeschäft, ungeachtet dieser bestimmten Willenserklärung der Vertragschließenden, nur als Pfandvertrag zu behandeln, zumal, wie bemerkt, auch die einzelnen Nebenbestimmungen des Vertrages und der auf Sicherstellung des Käufers gerichtete Zweck des Vertragsschlusses sehr wohl mit dem Willen der Betheiligten, einen Kauf abzuschließen, sich vereinigen lassen,

vergl. über die einschlagenden Grundsätze die Ausführungen des vormal. Königl. Oberappellationsgerichts in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, N. F. Bd. 30 S. 281 flg., Bd. 31 S. 464 flg. und in Wengler's Archiv Jahrg. 1881 S. 285, sowie Siebenhaar in den Annalen des Königl. Oberappellationsgerichts N. F. Bd. 5 S. 402, desgleichen die Ausführungen des Reichsgerichts in dessen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 2 S. 168 flg., S. 170 flg. in not. 1 und S. 174 flg.

Hiernach war auf die übrigen, von der vorigen Instanz unerörtert gelassenen Einwendungen des Beklagten gegen den Kauf A einzugehen.

Von diesen findet die, der Sache nach mit der Anfechtungs-Einrede im Zusammenhange stehende Einwendung, daß der Kauf A

ganz oder doch zum Theil eine unentgeltliche Veräußerung enthalten würde, schon damit ihre Erledigung, daß durch die eidliche Zeugenaussage W.'s bewiesen ist, daß dieser den Kaufpreis der 15000 M. vom Kläger wirklich gewährt erhalten hat.

Anlangend aber die Anfechtungs-Einrede,*) so ist zunächst mindestens zweifelhaft, ob sich für bewiesen ansehen lassen würde, daß der Verkäufer W. den Kauf A in der Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, abgeschlossen habe. In Bezug auf dieses Erforderniß der Anfechtung der Veräußerungen eines Schuldners, ebenso wie in Bezug auf das weitere Erforderniß, daß dem anderen Theile die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, bekannt gewesen sein muß, stimmt die Vorschrift in § 3 no. 1 des betreffenden Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mit den §§ 1509 flg. des BGB.'s für den hier vorliegenden Fall einer entgeltlichen Veräußerung überein. Obwohl der streitige Kaufvertrag A vor dem Inkrafttreten der Konkursordnung abgeschlossen worden ist, leidet mithin insoweit auf die vom Beklagten unternommene Anfechtung dieses Kaufvertrages nach § 14 des bezeichneten Reichsgesetzes das letztere Anwendung. Zwar besteht hierbei noch der Unterschied, daß nach der den §§ 1509 flg. des BGB.'s in der Praxis vorwiegend zu Theil gewordenen Auslegung (vergl. Annalen des vormal. Königl. Oberappellationsgerichts II. F. Bd. 2 S. 553 a. A. u. Bd. 3 S. 19 a. E. flg.), die Absicht des Schuldners, durch die Veräußerung seine Gläubiger zu benachtheiligen, in der Regel schon dann als dargethan erachtet zu werden pflegte, wenn der Schuldner die Veräußerung in dem Bewußtsein vornahm, daß er insolvent sei oder dies durch dieselbe doch werden würde, — während nach der bei Erlassung des gedachten Reichsgesetzes maßgebend gewesenen Willensmeinung die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht immer schon aus dem bloßen Bewußtsein vorhandener Insolvenz auf Seiten des Schuldners entnommen werden soll, insofern dieses Bewußtsein zwar einen Beweis für die Arglist des Schuldners, namentlich bei Schenkungen oder bei begünstigenden Befriedigungen, in sich schließen könne,

*) es sei die Veräußerung der Sachen lediglich zur Benachtheiligung der Gläubiger W.'s erfolgt und deßhalb anfechtbar.

jedoch unter Umständen auch mit vollkommen redlicher Absicht verträglich sei,

vergl. Motive zu § 24 no. 1 der Konkursordnung S. 1421 und v. Sarwey, Commentar zur Konkursordnung S. 146 not. 5.

Indeß kann dieser Unterschied, — welcher übrigens nach dem der Vorschrift in § 14 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 zu Grunde liegenden Prinzipe ebenfalls wieder zur Anwendung des bezeichneten Reichsgesetzes führen würde, — im gegenwärtigen Falle mit Rücksicht darauf außer Betracht bleiben, daß auch bei der den §§ 1509 flg. des BGB.'s in der Praxis gegebenen Auslegung die danach aus dem Bewußtsein der Insolvenz auf Seiten des Schuldners abzuleitende Vermuthung der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, doch jedesmal nach den Umständen des einzelnen Falles sich richtet und in diesen nach Befinden auch thatsächliche Widerlegung finden kann. Letzteres aber würde in vorliegender Sache um deswillen nicht ohne Weiteres als ausgeschlossen zu betrachten sein, weil nach den vom Beklagten selbst beigebrachten beiden Briefen des Rechtsanwalts St. vom 23. December 1878 und vom 14. Januar 1879 feststeht, daß Seiten W.'s zu vollständiger Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger ein besonderer Schuldentilgungsplan aufgestellt worden war, Beklagter selbst auch nicht abredig ist, in der darauf folgenden Zeit und selbst noch nach Abschluß des streitigen Kaufes A successive Abschlagszahlungen von W. empfangen zu haben, sowie weil ferner durch die beeidete Zeugen-Aussage W.'s, — welche zum Theil auch in den eidlichen Aussagen seiner ebenfalls als Zeugin abgehörten Ehefrau Bestätigung findet, — ausreichend bewiesen ist, daß W. den Kauf mit dem Kläger nicht lediglich behufs Sicherstellung der älteren Forderung des Letzteren abgeschlossen, sondern durch diesen Vertrag vom Kläger zugleich die baare Zahlung der ansehnlichen Summe von ca. 6000 M. zu Befriedigung der ihn drängenden Gläubiger zu erlangen gewußt und solche auch zu Befriedigung seiner Gläubiger wirklich verwendet hat, hierbei aber gleichzeitig gegen den Rechtsanwalt Klägers auf Befragen die Erklärung abgegeben hatte, er hoffe mit der vom Kläger ihm baar zu gewährenden Geldsumme sich völlig herauszureißen.

Selbst wenn man jedoch trotzdem annehmen wollte, es könne W. sich darüber nicht im Zweifel befunden haben, daß mit der Veräußerung seines gesammten Mobiliars an den Kläger nothwendig eine Benachtheiligung seiner Gläubiger verbunden sei und es müsse deshalb bei W. das Vorhandensein einer auf eine solche Benachtheiligung gerichteten Absicht vorausgesetzt werden: so ist doch immerhin nicht für dargethan zu achten, daß Kläger das Vorhandensein einer derartigen Absicht W.'s gekannt habe. Eine ausdrückliche diesfallsige Mittheilung W.'s an den Kläger ist durch nichts bewiesen, oder auch nur angezeigt. Daß aber Kläger etwa selbst sich gesagt habe, daß W. seine Gläubiger zu benachtheiligen beabsichtige, oder darüber, daß diese Absicht vorliege, nicht habe zweifelhaft sein können, ist ebenfalls nicht in Gewißheit gesetzt. Vielmehr spricht für das Gegentheil einerseits der durch die Zeugen-Aussage W.'s bewiesene Umstand, daß dieser den Kläger zu dem Kaufsabschlusse mit der ausdrücklich ihm erklärten Absicht, mittels der dadurch zu erlangenden baaren Kaufsumme von ca. 6000 M. die ihn drängenden Gläubiger zu befriedigen, zu bestimmen gewußt und von dem Vorhandensein noch weiterer Schulden dem Kläger dabei keine Mittheilung gemacht hat, sowie andererseits die Erwägung, daß unmöglich von der Voraussetzung ausgegangen werden kann, es werde der Kläger, welchem W. bereits eine Summe von ca. 9000 M. schuldete, demselben noch den ansehnlichen Betrag von ungefähr 6000 M. baar gewährt haben, wenn er gewußt oder auch nur geahnt hätte, daß W. mit dieser Summe seine Schulden nicht zu reguliren vermöge und nicht die Befriedigung, sondern eine Benachtheiligung seiner Gläubiger bezwecke. Es kann deshalb auch auf sich beruhen, daß nicht liquid ist, es habe Kläger überdies von der gegen seinen Rechtsanwalt H. abgegebenen Erklärung W.'s, er hoffe, sich mit den vom Kläger ihm baar zu gewährenden Geldern völlig herauszureißen, auch wirklich Kenntniß erlangt. —

Waren nach dem Allen die Einwendungen des Beklagten insgesammt als unerwiesen zurückzuweisen, ohne daß es erst des Eingehens auf die weiteren Beweisanträge der Parteien wegen der Einflußlosigkeit derselben bedurfte, so mußte, dem Berufungsantrage des Klägers entsprechend, der Beklagte zur Einwilligung in Freigabe der geklagten Gegenstände, sowie in Tragung der Kosten beider Instanzen

verurtheilt werden und es war diese Verurtheilung auch auf die Kosten der erfolgten vorläufigen Einstellung der Zwangsvollstreckung, welche als ein zu zweckentsprechender Rechtsverfolgung nothwendiger Weise zu machen gewesener Aufwand anzusehen sind (vergl. § 87 der Civilprozeßordnung und Wengler's Archiv, Jahrg. 1880 S. 690 verbunden mit den Oberlandesgerichts-Annalen Bd. 2 S. 162 a. A.), zugleich mit zu erstrecken.

4.

Streitigkeiten über die Größe der als Zubehör eines Grundstücks auf dem für dasselbe angelegten Grundbuchsfolium eingetragenen Parcellen — mit besonderer Berücksichtigung der Bestimmungen in § 278 des BGB., § 126 der K. S. Verordnung vom 9. Januar 1865.

Urtheil des OLG. (I. Sen.) vom 29. Decbr. 1881 no. 324 O. I. 1880.

Kläger und Berufungskläger klagt gegen die Eigenthümer des rechts, bez. links, an sein Grundstück angrenzenden Grundstückes, — den Dr. M., bez. die geschiedene G. — daß diese Grundstücks-Nachbarn je einen — der Grenzlinie nach näher bezeichneten — Areal-Streifen, welcher zur Zeit der räumlichen Abgrenzung nach zu den betreffenden Nachbargrundstücken gehört, als sein, des Klägers, Eigenthum anerkennen und jene Streifen ihm überlassen.

Die Klage wurde in erster Instanz abgewiesen. Die dagegen ergriffene Berufung wurde vom OLG. zurückgewiesen; im Nachstehenden die

Entscheidungsgründe.

In den Gründen des angefochtenen Urtheils ist dargelegt worden, daß der Kläger durch den Kauf vom Jahre 1875 sein Grundstück no. 82 der A—straße zu D., welches damals schon als ein fertiges, fest abgegrenztes Hausgrundstück und zwar ganz in dem durch die noch jetzt bestehende äußere Umgrenzung geschaffenen Umfange existirte, — hätte er dasselbe auch vor der Erkaufung nicht speciell und in allen Theilen besichtigt, — doch nur nach dieser vorhandenen Begrenzung und räumlichen Ausdehnung habe erwerben sollen und wollen und daß insbesondere weder bei ihm, dem Kläger, noch bei seinem Verkäufer die Absicht bestanden habe, es solle auch dasjenige Areal,

dessen Ueberlassung der Kläger jetzt von den beiden Beklagten fordert, welches aber schon damals nach der äußeren Umgrenzung und Einfriedigung einen Theil der jetzt den beiden Beklagten gehörigen Nachbargrundstücke bildete, auf den Kläger mit übertragen werden. Hiefür spricht auch vor Allem noch der Umstand, daß es erst der weit später erfolgten, speciellen Vermessungen und genauester Vergleichung des äußerlich in der Natur vorhandenen Zustandes mit dem Flurbuche und der Flurkarte für D. bedurft hat, bevor überhaupt ermittelt und festgestellt worden ist, daß nach Inhalt des Flurbuchs und der Flurkarte ein Areal, welches die Beklagten als Theil ihrer Grundstücke vermöge der vorhandenen äußerlichen Umgrenzung thatsächlich innehaben und benutzen, an sich zu der auf Klägers Grundstücks-Folium eingetragenen Parcelle no. 1575 c zu rechnen sein würde.

Zwar hat der Kläger gleichwohl an dem gedachten Areale auf Grund des Kaufes vom Jahre 1875 und seiner zufolge desselben erlangten Eintragung als Eigenthümer jenes Hausgrundstückes formelles Eigenthum um deswillen erlangt, weil dies Areal nach dem Flurbuche und der Flurkarte einen Theil der Parcelle 1575 c bildet und diese Parcelle auf dem für Klägers Hausgrundstück bestehenden Grundbuchsfolium eingetragen steht. Allein mit Recht ist die vorige Instanz davon ausgegangen, daß die von den beiden Beklagten einredeweise unternommene Anfechtung dieses formell dem Kläger zur Seite stehenden Eigenthums nach § 278 des BGB.'s ausreichend begründet sei. Ob es sich dabei, — wie die vorige Instanz annimmt, — um eine nur analoge Anwendung dieser Gesetzesbestimmung handele, ist an sich gleichgültig, denn auch eine analoge Anwendung würde nach dem den Bestimmungen in § 278 des BGB.'s zu Grunde liegenden, von der vorigen Instanz richtig hervorgehobenen allgemeinen Zwecke der Verhütung zu großer Tragweite der Wirkungen von Grundbuchs-Einträgen,

vergl. Commentar zum BGB. ed. II. Bd. 1 S. 285 flg.,

nach § 25 des BGB.'s nicht unstatthaft und namentlich durch die vom Kläger angerufene, lediglich auf besondere Ausnahmsfälle berechnete Vorschrift in § 26 des BGB.'s nicht ausgeschlossen sein. Thatsächlich sind die Bestimmungen in § 278 des BGB.'s vorliegendenfalls um deswillen anwendbar, weil nicht nur die Eintragung

des Flurstücks no. 1575c auf dem für Klägers Hausgrundstück bestehenden Grundbuchsfolium insoweit, als durch dieselbe auch das streitige Areal zu einem Bestandtheile dieses Grundstücks gestempelt worden ist, sondern ebenso auch die Eintragung des Klägers als Eigenthümer seines Grundstücks, insoweit diese dem Kläger zugleich formelles Eigenthum an jenem Areale verschafft hat, in Folge eines wegen Irrthums nichtigen Rechtsgrundes erfolgt ist.

In dieser Beziehung ist zunächst das Ergebniß des in der Berufungsinstanz erhobenen Beweises von Belang. Zwar ist weder vom Zeugen T. noch durch die auf Antrag der Beklagten herbeigezogenen Acten die Behauptung bestätigt worden, daß bei der durch den Zeugen N. bewirkten Zerlegung des diesem damals als ein ungetrenntes Ganze gehörigen Grundstücks in die jetzt im Eigenthum der Parteien befindlichen einzelnen Parcellen schon durch die von dem Geodäten bewirkte Vermessung und Begrenzung dieser Parcellen die letzteren ganz so, wie sie noch jetzt bestehen, vermessen und begrenzt worden seien. Dagegen hat der Zeuge N., dessen Glaubhaftigkeit keinem Bedenken unterliegt, eidlich versichert, daß er die Grenzen, welche der Geodät abgemessen gehabt, nicht innegehalten habe und auf den Grenzen, wie er sie dann bestimmt gehabt, eiserne Geländer habe ziehen lassen, auch die jetzt im Eigenthum der Parteien befindlichen Häuser auf diesen, von ihm erst nachmals weiter veräußerten Parcellen erbaut habe, sowie, daß seitdem an den von ihm selbst bestimmten Grenzen, wie er noch im Jahre 1880 zufällig gesehen habe, nur insofern eine Veränderung eingetreten sei, als von Seiten eines seiner Besitznachfolger der eiserne Zaun vom Grundstücke des Klägers aus in das der G. hineingereicht, also das Grundstück des Klägers auf Kosten des Grundstücks der G. etwas größer gemacht worden sei. Diese einzige vom Zeugen wahrgenommene Veränderung der von ihm bestimmten Grenzen ist für die Entscheidung einflußlos, da dasjenige Stück Land, um welches durch die theilweise, — auch in dem Ergebnisse der gerichtlichen Localbesichtigung augenscheinlich Bestätigung findende — Hineinrückung des eisernen Zaunes in das Grundstück der G. das letztere verkleinert worden ist, sich in Folge dessen thatsächlich schon in der Inhabung des Klägers befindet und überhaupt einen Gegenstand des Streits nicht mit bildet,

Hiernach und beim Hinblicke auf Dasjenige, was zu Eingang in Betreff der Erwerbung des Grundstücks des Klägers durch diesen, sowie in Betreff der speciellen Vermessungen und Vergleichungen bemerkt worden ist, deren es bedurft hat, ehe überhaupt entdeckt worden ist, daß das streitige Areal nach dem Flurbuche und den Menselblatte als zu Klägers Grundstücke gehörig sich darstelle, — ist durch die Aussage N.'s ausreichender Beweis dafür erbracht, daß nicht nur bei der ersten, durch N. bewirkten Weiterveräußerung der jetzt den Parteien gehörigen einzelnen Flurparzellen, sondern auch bei den späteren Veräußerungen derselben das jetzt streitige Areal sowohl Seiten des Veräußerers als Seiten des Erwerbers jedesmal nicht als Bestandtheil des jetzt dem Kläger gehörigen Grundstücks, sondern als Bestandtheil der gegenwärtig im Eigenthum der beiden Beklagten stehenden Grundstücke angesehen und bei der Veräußerung behandelt worden sein muß. Insbesondere ist nach dem Allen bewiesen, daß das Veräußerungsgeschäft, durch welches der Kläger sein Grundstück no. 82 der A—straße erworben hat, sowohl der Sache nach, wie nach der Absicht der Contrahenten, nur auf dieses Grundstück, ohne das streitige Areal, sich bezogen hat und daß, wenn gleichwohl nach Maßgabe der Einträge im Grundbuche, verbunden mit dem Inhalte des Flurbuchs und der Flurkarte, in Folge jenes Veräußerungsgeschäfts das Eigenthum an dem streitigen Areale formell auf den Kläger übergangen ist, diese Wirkung nur auf Grund eines Irrthums, in Betreff des von keinem Theile gewollten oder auch nur in seiner Tragweite erkannten Inhalts von Grundbuchs-Einträgen, eingetreten ist.

Daraus folgt ohne Weiteres, — wie auch schon vom vormaligen Königlichen Oberappellationsgerichte in dem verwandten, in Wengler's Archiv Jahrg. 1879 S. 662 flg. abgedruckten Rechtsfalle angenommen worden ist, — daß jene Einträge insoweit nichtig sind. Diese Nichtigkeit aber geltend zu machen, sind nach § 278 des BGB.'s die beiden Beklagten berechtigt, da als „betheiligt" und folglich zur rechtlichen Geltendmachung jener Nichtigkeit als legitimirt alle die zu betrachten sind, deren Rechte durch nichtige Eintragung verletzt werden,

vgl. Zeitschrift f. Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 42 S. 352 flg.

Dem steht der Grundsatz der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs nicht entgegen. Es ist in hohem Grade fraglich, ob die Oeffentlichkeit des Grundbuchs da überhaupt Wirkung äußern könne, wo erwiesenermaßen die aus dem Flurbuche und dem Menselblatte sich ergebenden Grenzen und Flächen einzelner Grundstücke unrichtig sind, dem in der Natur von Anfang an vorhanden gewesenen Zustande nicht entsprechen. Als bei den Gesetzgebungen der Jahre 1843 und 1865 die in Sachsen bestehende besondere Verbindung der Grundbücher mit den Flurbüchern und Flurkarten angeordnet ward, ist keinesfalls außer Acht geblieben, daß nach § 19 lit. a des Grundsteuergesetzes vom 9. September 1843 und nach § 25 der Instruction für die Geodäten (s. Beilage ⊙ der Ausführungsverordnung vom 26. October 1843 zu diesem Gesetze) die Möglichkeit von Irrungen bei den dem Flurbuche zu Grunde liegenden Vermessungen vorgesehen war, indem selbst Irrthümer bis zu 3% ausdrücklich für die Steuerzwecke als einflußlos erklärt worden sind. Unmöglich läßt sich aber voraussetzen, daß bei Erlaß des Gesetzes vom 6. November 1843 und später bei Erlaß des BGB.'s und der damit im Zusammenhange stehenden Gesetzgebung beabsichtigt worden sein sollte, auch für das bürgerliche Recht die angegebenen, sowie alle sonstigen Irrthümer der Flurbücher und Flurkarten gleichfalls für bedeutungslos zu erklären und durch die Oeffentlichkeit des Grundbuchs wenigstens jeder späteren Berichtigung zu entziehen. Dies um so weniger, als in § 126 der Verordnung vom 9. Januar 1865, das Verfahren in nichtstreitigen Sachen betreffend, sich bestimmt findet, daß der Beziehung des Grundbuchs auf das Flurbuch die Wirkung nicht beizulegen sei, als ob die Grund- und Hypothekenbehörden, außer für die Existenz der im Grundbuche eingetragenen Flurstücke als Objecte der eingetragenen dinglichen Rechte, auch für deren G r ö ß e ꝛc. einzustehen hätten. Demgemäß ist auch in den zahlreichen mit dieser Frage sich beschäftigenden Entscheidungen des vormaligen R.OAG.'s die Wirkung der Oeffentlichkeit des Grundbuchs niemals so weit ausgedehnt worden, daß durch letztere auch die in den Flurkarten eingezeichneten G r e n z l i n i e n unter allen Umständen und namentlich selbst da garantirt würden, wo dieselben, wie hier, durch bloße Vermessungen bestimmt worden sind und nicht auf besondere, in der Natur vorhandene Umgrenzungen sich stützen, durch welche die örtliche Lage

des betreffenden Flurstücks äußerlich fest bestimmt wird. Da aber die Oeffentlichkeit des Grundbuchs dem in gutem Glauben befindlichen Dritten das durch Eintragung erlangte Recht nur soweit gewährleistet, als das Grundbuch über dasselbe Auskunft giebt und geben kann,

s. auch den angezogenen Commentar, ed. II. Bd. 1 S. 282,

und dies letztere nach Obigem hinsichtlich bloßer Grenzlinien mindestens in Fällen der vorliegenden Art nicht anzunehmen ist, so würde schon hiernach der Anspruch des Klägers nicht als begründet angesehen werden können. Indeß hat man nicht einmal nöthig, hierauf das alleinige Gewicht zu legen. Denn nach § 278 des Bürgerlichen Gesetzbuchs reicht zu Ausschließung der Wirkungen der Oeffentlichkeit des Grundbuchs gegenüber dritten, später eingetragenen Personen schon deren Kenntniß von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgrundes der früheren Eintragung aus. Zu Annahme einer solchen Kenntniß muß aber im jetzigen Falle nach dessen obgedachter Gestaltung als genügend erachtet werden, daß der Kläger nach der übereinstimmenden Willensmeinung der Contrahenten erwiesenermaßen sein Grundstück ohne das streitige, von demselben äußerlich getrennte Areal erkauft hat, also nothwendig wissen mußte, daß er Grundflächen, die von den Gebäuden und Hofräumen der Nachbargrundstücke eingenommen wurden, nicht erwerben sollte und folglich sich auch von vornherein nicht verhehlen konnte, daß, soweit solche fremde Grundflächen auf seinem Grundbuchsfolium sich eingetragen befanden, dieselben lediglich in Folge Irrthums darauf verlautbart sein konnten,

vergl. die hiermit conformen Ausführungen des vormal. Kgl. Oberappellationsgerichts in Wengler's Archiv Jahrg. 1879 S. 662.

Diese Erwägungen rechtfertigen die in voriger Instanz erkannte Klagabweisung.

Das Rechtsmittel der Beschwerde im Strafprozeß.

Von Oberappellationsrath **Lamm**.

(Fortsetzung.)

§ 7.

Die Fälle der sofortigen Beschwerde.

Sofortige Beschwerde findet statt

1. nach § 28 Abs. 1 verbunden mit § 31 der StPO. gegen den Beschluß, durch welchen das gegen einen Richter, Schöffen oder Gerichtsschreiber angebrachte Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird. Soweit es jedoch sich um die Ablehnung eines Richters handelt, tritt dieser Fall der sofortigen Beschwerde, da die Anfechtbarkeit des Beschlusses, durch welchen ein gegen einen erkennenden Richter angebrachtes Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, sich nach der Vorschrift in § 28 Abs. 2 regelt, — vgl. § 5 unter no. 4 — nur dann ein, wenn das Ablehnungsgesuch gegen einen nicht erkennenden Richter, d. h. gegen den Untersuchungsrichter, einen Amtsrichter, insbesondere auch, wenn demselben gemäß § 183 der StPO. durch Beschluß des Landgerichts die Führung der Voruntersuchung übertragen worden ist, den Vorsitzenden in der Hauptverhandlung, mit Einschluß des Schwurgerichtspräsidenten, welche Beide nicht ausschließlich als erkennende Richter in Thätigkeit treten, oder gegen ein Mitglied der Strafkammer in ihrer Eigenschaft als beschließendes Gericht (§ 72 des GVG.) gerichtet war.*) In dieser Beschränkung ist die sofortige Beschwerde des § 28 Abs. 2 der StPO. auch in den Fällen des § 30 der StPO. (Selbstablehnung) zulässig, da hier ebenfalls „Entscheidung" erfolgt, welche nach § 35 der StPO. den

*) Thilo, StPO., S. 32 no. 1 zu § 28.

Betheiligten bekannt zu machen ist. Wenn auch dem betroffenen Richter selbst eine Anfechtung dieser Entscheidung nicht gestattet ist,*) so kann doch gegen dieselbe denjenigen Personen, welchen nach § 24 Abs. 3 der StPO. das Ablehnungsrecht zusteht, die sofortige Beschwerde nicht versagt werden.**) In Folge der Vorschrift des § 346 Abs. 3 der StPO. ist jedoch die sofortige Beschwerde aus § 28 Abs. 1 dann ausgeschlossen, wenn das Ablehnungsgesuch ein Mitglied eines Oberlandesgerichts oder des Reichsgerichts betrifft.

2. Nach § 46 Abs. 3 der StPO. ist mittels sofortiger Beschwerde anfechtbar die das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verwerfende Entscheidung. Lediglich eine Anwendung des Grundsatzes auf einzelne Fälle enthalten die Vorschriften in § 455 Abs. 3 und in § 461 der StPO., wodurch die Bestimmung des § 46 Abs. 3 auf Wiedereinsetzungsgesuche gegen das Versäumniß an der Frist des Antrags auf gerichtliche Entscheidung gegen eine polizeiliche Strafverfügung oder gegen einen Strafbescheid der Verwaltungsbehörde ausdrücklich für anwendbar erklärt wird. Auch auf die Verwerfung der in § 234 Abs. 1, 370 Abs. 2 und § 431 Abs. 4 der StPO. erwähnten Wiedereinsetzungsgesuche wird die Bestimmung in § 46 Abs. 3 bezogen werden müssen, da, wenn auch in § 370 und 431 dieselbe nicht ausdrücklich in Bezug genommen, sondern nur auf die in den §§ 44, 45 bezeichneten Voraussetzungen verwiesen wird, und der mit § 46 in unmittelbarer Verbindung stehende § 44 nur von der Versäumung einer Frist handelt, während in obigen Fällen zumeist Versäumnisse an einem Termine in Frage kommen, doch in dieser Hinsicht die erwähnten Versäumungen durch Gestattung des Wiedereinsetzungsgesuchs unter den in den §§ 44, 45 bezeichneten Voraussetzungen, wie auch in § 234 Abs. 1 ausdrücklich geschieht, der Versäumung einer Frist gleichgestellt werden und daher gleicher prozessualer Behandlung, wie diese, unterliegen.***) Insoweit übrigens nach

*) Löwe, StPO. no. 3 zu § 30 3. Aufl. S. 219.

**) Puchelt, StPO. no. 4 zu § 28, S. 84.

***) Annalen des OLG. III. S. 111.

Maßgabe der in § 46 Abs. 1 aufgestellten Zuständigkeitsnorm für die Entscheidung über Wiedereinsetzungsgesuche auch Oberlandesgerichte oder das Reichsgericht, wie z. B. bei Versäumungen an der Frist der sofortigen Beschwerde oder an den Fristen des Revisionsverfahrens, in die Lage kommen können, über Wiedereinsetzungsgesuche in erster Instanz zu entscheiden, ist gegen Verwerfung derselben in Folge der Vorschrift in § 346 Abs. 3 sofortige Beschwerde ausgeschlossen.

3. Um über einen zweifelhaften Geisteszustand eines Angeschuldigten — namentlich in Fällen der Simulation oder einer verborgen auftretenden Geistesstörung — die Abgabe eines zuverlässigen Gutachtens zu ermöglichen, welches eine unausgesetzte, längere, nur in einer Anstalt für Geisteskranke durchführbare Beobachtung des betreffenden Individuums nöthig macht, ist in § 81 der StPO. auf Antrag der Justizcommission*) vorgeschrieben worden, daß zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand des Angeschuldigten das Gericht auf Antrag eines Sachverständigen nach Anhörung des Vertheidigers, welcher dem Angeschuldigten, wenn er einen solchen nicht hat, für diesen Zweck zu bestellen ist, anordnen könne, daß der Angeschuldigte in eine öffentliche Irrenanstalt gebracht und dort beobachtet werde. Die Vorschrift bezweckt, dem Sachverständigen die nöthigen Mittel an die Hand zu geben, deren er zur Abgabe eines zuverlässigen Gutachtens bedarf. Die erwähnte Maßregel ist, diesem Zweck entsprechend, nur auf Antrag eines Sachverständigen, d. h. des vom Richter zur Beurtheilung des Geisteszustandes des Angeschuldigten berufenen Sachverständigen und, wie aus dem Gebrauch des Wortes: „Angeschuldigten" hervorgeht, — vgl. § 155 der StPO. — nur nach Erhebung öffentlicher Klage zulässig. Gegen den diesfallsigen Beschluß findet nach weiterer Bestimmung des § 81 sofortige Beschwerde statt, von welcher sowohl der Angeschuldigte und dessen Vertheidiger, insbesondere wenn dem Antrage gefügt wird, als auch die Staatsanwaltschaft, insbesondere wenn der Antrag abgelehnt wird, Gebrauch machen können. Die sofortige Beschwerde hat in diesem Falle ausnahmsweise aufschiebende Wirkung, damit der zu Beobachtende in der Lage

*) Protoc. S. 87, 829 flg., in Hahn's Mat. I. S. 670.

sei, vor seiner Ueberführung in die Irrenanstalt, welche immerhin einen erheblichen Eingriff in die persönliche Freiheit enthält, den Beschluß eines Collegialgerichts zu extrahiren.*)

4. Nach § 117 der StPO. kann die Untersuchungshaft, wenn sie nur wegen Fluchtverdachts angeordnet ist, von Seiten des Angeschuldigten durch Sicherheitsleistung abgewendet werden. Nach § 121 wird eine noch nicht verfallene Sicherheit frei, wenn der Angeschuldigte zur Haft gebracht oder wenn der Haftbefehl aufgehoben worden ist, oder der Antritt der erkannten Freiheitsstrafe erfolgt. Dagegen verfällt nach § 122 eine noch nicht frei gewordene Sicherheit der Staatscasse, wenn der Angeschuldigte sich der Untersuchung oder dem Antritt der erkannten Freiheitsstrafe entzieht. Der Verfall der Sicherheit zu Gunsten der Staatscasse kann jedoch nur durch richterliche Entscheidung ausgesprochen werden. Gegen diese Entscheidung steht nach § 122 dem Angeschuldigten, sowie Denjenigen, welche für den Angeschuldigten Sicherheit geleistet haben, — Pfandbesteller, Bürgen — die sofortige Beschwerde zu. Der Angeschuldigte hat dieses Rechtsmittel in jedem Falle, auch wenn ein Dritter die Sicherheit bestellt hat, da er dem Caventen regreßpflichtig und daher rechtlich interessirt ist.**) Bestritten ist, ob und inwieweit jene Entscheidung auch von der Staatsanwaltschaft angefochten werden könne, indem Einige der Staatsanwaltschaft nur die einfache Beschwerde (Thilo, Comm. zur StPO. no. 6 zu § 122 S. 124, v. Bomhard und Koller, StPO. no. 8 zn § 122 S. 87), Andere (Löwe, Comm. zur StPO. no. 11 zn § 122, 3. Aufl. S. 343, Puchelt, StPO. no. 9 zu § 122 S. 255) gleichfalls die sofortige Beschwerde eingeräumt wissen wollen, Andere dagegen der Staatsanwaltschaft in dem gedachten Falle jedes Rechtsmittel versagen (Keller, Comm. zur StPO. no. 8 zu § 122, 2. Aufl. S. 140). Der letzteren Meinung ist der Vorzug zu geben,***) da sie den Wortlaut des Gesetzes für

*) Prot. S. 830, in Hahn's Mat. II. S. 1233.

**) Prot. S. 158, in Hahn's Mat. I. S. 679. v. Schwarze, Comm. zur StPO., no. 4 zu § 122 S. 259.

***) Vgl. auch die Abhandlung von Voitus in dem Archiv für Strafrecht, begründet durch Dr. Goltdammer, fortgesetzt von mehreren Criminalisten, 30. Bd. 4. Heft, S. 240 flg. unter IV.

sich hat und in Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich nur dem einen Theile die sofortige Beschwerde zugesteht, hierdurch zugleich die Unanfechtbarkeit der betreffenden Entscheidung von Seiten des andern Theils ausgesprochen wird. Zur Anfechtung mittels einfacher Beschwerde würde übrigens die in Frage stehende Entscheidung sich um so weniger eignen, als sie, wie namentlich aus der Schlußbestimmung in § 122 hervorgeht, einem Urtheile gleich gestellt wird.

Ferner findet sofortige Beschwerde statt

5. gegen den Beschluß des Gerichts, durch welchen der Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Angeschuldigten auf Eröffnung der Voruntersuchung abgelehnt worden ist (§ 181 der StPO.). Da der Angeschuldigte mit dem Antrage auf Voruntersuchung an das Prozeßstadium des § 199 der StPO. (Vertheidigungstermin) gebunden ist, so fallen insoweit bezüglich des Angeschuldigten die Vorschriften in §§ 181 und 199 Abs. 3 verb. mit § 176 Ziff. 2 der StPO. zusammen. Dagegen hat der Angeschuldigte

6. gegen den Beschluß, durch welchen die Voruntersuchung eröffnet worden ist, nur in dem Falle die sofortige Beschwerde, wenn der von ihm gegen die Eröffnung der Voruntersuchung erhobene Einwand der Unzuständigkeit verworfen worden ist (§ 180 Abs. 1 der StPO.).

Ebenso steht dem Angeschuldigten

7. die sofortige Beschwerde zu, wenn er in dem Stadium des § 199 der StPO. gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens den Einwand der Unzuständigkeit erhoben hat, und derselbe verworfen worden ist (§ 199 Abs. 3).

Einer der wichtigsten Fälle der sofortigen Beschwerde ist ferner

8. derjenige, welcher in § 209 Abs. 2 der StPO. behandelt wird. Hiernach steht der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde zu gegen den Beschluß, durch welchen

a) die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder

b) abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung ausgesprochen worden ist.

Die Zulassung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluß,

durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, beruht auf der Erwägung, daß ein solcher Beschluß thatsächlich die Bedeutung eines Endurtheils hat,*) wie insbesondere daraus hervorgeht, daß nach § 210 der StPO., wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens durch einen nicht mehr anfechtbaren Beschluß abgelehnt worden ist, die Klage nur auf Grund neuer Thatsachen oder Beweismittel wieder aufgenommen werden kann. Ist, abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft, die Verweisung an ein Gericht niederer Ordnung, z. B. vor die Strafkammer, anstatt vor das Schwurgericht, vor das Schöffengericht, anstatt vor die Strafkammer, ausgesprochen worden, so ist zwar nach § 270 Abs. 1 der StPO. das in der Hauptverhandlung erkennende Gericht unbehindert, seine Unzuständigkeit auszusprechen; auch kann, wenn das Gericht seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen hat, das Urtheil nach § 374 Ziff. 4 der StPO. mittels Revision, bez. nach § 369 Abs. 2 mittels Berufung angefochten werden. Man hat aber gleichwohl in dem angegebenen Falle die Zulassung sofortiger Beschwerde von Seiten der Staatsanwaltschaft zu Vermeidung nutzloser Hauptverhandlungen für geboten erachtet.**)

Die Vorschrift des § 209 Abs. 2 über die Anfechtbarkeit des Beschlusses, durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, steht mit den Bestimmungen in §§ 198, 205 Abs. 1, 263 Abs. 1 in engem Zusammenhange. Hiernach bildet, namentlich bei theilweiser Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, das Kriterium für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde die Identität der in der Anklageschrift verfolgten und der in dem angefochtenen Beschlusse zur Hauptverhandlung verwiesenen That.***) Ist anzunehmen, daß der Eröffnungsbeschluß, wenn schon er in einzelnen Punkten von der Anklageschrift abweicht, doch auf die nämliche That sich beziehe, welche den Gegenstand der Anklage bildet, so ist in der Regel für die sofortige Beschwerde kein Raum. Insbesondere ist dieselbe dann nicht zu-

*) Motive S. 116, in Hahn's Mat. I. S. 173.
**) Motive S. 116, in Hahn's Mat. I. S. 173.
***) Annalen des OLG. IV. S. 25.

lässig, wenn die dem Eröffnungsbeschlusse zu Grunde liegenden Thatsachen durch Wegfall oder Hinzutreten eines Umstandes die Annahme einer gleichen oder geringeren Strafbarkeit nach einem andern, als dem im Eröffnungsbeschlusse als anwendbar bezeichneten Strafgesetze zulassen, und die eventuell anwendbaren Strafgesetze im Eröffnungsbeschlusse nicht angeführt worden sind, da dergleichen Eventualgesichtspunkte, unbeschadet der Identität der That, entweder nur auf eine veränderte rechtliche Beurtheilung hinauskommen, oder die Strafbarkeit mindern und solchenfalls nach § 264 Abs. 1, bez. § 294 der StPO., dafern nur der Angeklagte auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes hingewiesen wird, in der Hauptverhandlung berücksichtigt werden können.*) Dagegen wird selbst bei vorhandener Identität der That die sofortige Beschwerde dann zugelassen werden müssen, wenn die Ablehnung Thatumstände betrifft, wodurch der Eintritt eines gesetzlichen Erschwerungsgrundes oder die Anwendung eines schwereren Strafgesetzes bedingt wird, indem hierauf die Aburtheilung in der Hauptverhandlung vermöge der Vorschrift in § 264 der StPO. nur dann erstreckt werden kann, wenn dergleichen Thatumstände erst in der Hauptverhandlung neu hervortreten, während einer Berücksichtigung derselben, wenn sie nach Lage der Acten schon zur Zeit der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens bekannt waren, aber bei dieser Entscheidung unangefochten außer Betracht gelassen worden sind, die Vorschrift des § 210 entgegenstehen würde. Eine Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens und der Beschwerdefall des § 209 Abs. 2 liegt nicht vor, wenn der Eröffnungsbeschluß nur in der rechtlichen Beurtheilung der Anklagethatsachen von der Auffassung der Staatsanwaltschaft abweicht und dieselben in anderer Weise rechtlich qualificirt.**) Verschiedenheit der Rechtsansicht zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Gericht in der gedachten Hinsicht ist für das weitere Verfahren namentlich deshalb ohne Bedeutung, weil nach § 263 Abs. 2 der StPO. das in der Hauptverhandlung erkennende Gericht an diejenige Beurtheilung der

*) Angez. Annalen, IV. S. 118.

**) Annalen des OLG. II. S. 402.

That, welche dem Beschlusse über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu Grunde liegt, nicht gebunden ist. Ebensowenig dürfte die sofortige Beschwerde des § 209 gegen die in § 203 der StPO. vorgesehene vorläufige Einstellung des Verfahrens zustehen, da in diesem Falle über die Eröffnung des Hauptverfahrens noch gar nicht definitiv entschieden wird, und daher der Beschluß auf vorläufige Einstellung des Verfahrens überhaupt keiner Rechtskraft fähig ist.*) Indessen ist ein solcher vorläufiger Einstellungsbeschluß der Anfechtung mittels einfacher Beschwerde nicht entzogen. Nichterschöpfung der Anklage durch den Eröffnungsbeschluß, Uebergehen eines Anklagepunktes in dem Eröffnungsbeschlusse begründet nicht die sofortige Beschwerde des § 209; jedoch steht in diesem Falle der Staatsanwaltschaft die einfache Beschwerde zu.**) Für die Anfechtbarkeit eines Beschlusses, durch welchen die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt worden ist, kommt übrigens nichts darauf an, ob derselbe in Uebereinstimmung mit dem Antrage der Staatsanwaltschaft oder abweichend von dem letzteren erlassen worden ist. Vielmehr wird auch bei vorhandener Uebereinstimmung des Ablehnungsbeschlusses mit dem Antrage der Staatsanwaltschaft der letzteren, z. B. auf Anweisung der vorgesetzten Instanz, unbenommen sein, gleichwohl gegen denselben sofortige Beschwerde zu erheben, da die Abweichung des Gerichtsbeschlusses von dem Antrage im Falle der Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens nicht, wie in dem Falle der Verweisung der Sache an ein Gericht niederer Ordnung, eine gesetzliche Voraussetzung des Rechtsmittels bildet.***)

Obschon im Allgemeinen nach § 437 Abs. 1 verbunden mit § 430 Abs. 1 der StPO. der Nebenkläger die nämlichen Rechtsmittel hat, welche der Staatsanwaltschaft zustehen, auch nach

---

*) Uebereinstimmend Löwe, Comm. no. 5 zu § 209, 3. Aufl. S. 464 und Keller unter no. 4 zu § 209, 2. Aufl. S. 250. Anderer Meinung: v. Schwarze, Comm. no. 3 zu § 209 S. 373 und Puchelt, Comm. no. 3 zu § 209 S. 365.

**) Annalen des OLG. III. S. 106.

***) Annalen des OLG. IV. S. 27.

§ 441 Abs. 1 sich derselben unabhängig von der Staatsanwaltschaft bedienen kann, so steht doch dem Nebenkläger auf Buße (§ 443 der StPO.) in Folge der beschränkenden Vorschrift in § 444 Abs. 3 gegen den auf Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens oder auf Außerverfolgungsetzung des Angeschuldigten gerichteten Beschluß, wenn die Staatsanwaltschaft dabei sich beruhigt, die sofortige Beschwerde aus § 209 der StPO. nicht zu, weil der bloße Anspruch auf Buße nicht, wie in den übrigen Fällen der Nebenklage (§§ 435, 467 der StPO.), das volle Strafverfolgungsrecht in sich faßt. Vielmehr besitzt die strafrechtliche Buße in der Vereinigung ihrer Geltendmachung mit dem Strafverfahren einen accessorischen Charakter, welcher sich darin äußert, daß sie mit dem wegen desjenigen Delicts, welches den Anspruch auf Buße begründet, eingeleiteten Strafverfahren, als dessen Anhang sie nur auftritt, steht und fällt und nicht den Gegenstand einer selbständigen Strafverfolgung ausmachen kann.*)

9. Wenn nach § 270 der StPO. das in der Hauptverhandlung erkennende Gericht, weil nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung die dem Angeklagten zur Last gelegte That als eine solche sich darstellt, welche die sachliche Zuständigkeit des Gerichts überschreitet, seine Unzuständigkeit ausspricht und die Sache an das zuständige Gericht verweist, so hat dieser Beschluß die Wirkung eines das Hauptverfahren eröffnenden Beschlusses und muß den Erfordernissen eines solchen entsprechen. Die Anfechtbarkeit dieses Beschlusses bestimmt sich nach den Vorschriften des § 209. Ein solcher Beschluß kann daher von dem Angeklagten überhaupt nicht, von der Staatsanwaltschaft aber mittels sofortiger Beschwerde in dem Falle angefochten werden, wenn abweichend von ihrem — in der Hauptverhandlung gestellten — Antrage die Sache an ein Gericht niederer Ordnung verwiesen worden ist. Der Entwurf (§ 229) wollte in diesem Falle der Staatsanwaltschaft die sofortige Beschwerde mit der Beschränkung nachlassen, daß dieselbe nur auf Rechtsgründe gestützt werden könne, wobei man namentlich an die Möglichkeit

---

*) Annalen des OLG. IV. S. 26.

dachte, daß bei einem Gericht in Folge irriger Rechtsansicht eine falsche Auffassung der, die Zuständigkeit regelnden Vorschriften sich einbürgern, welche in ihrer Anwendung öfter zu unbegründeten Unzuständigkeitserklärungen und zu einer unnöthigen Vermehrung der den Gerichten höherer Ordnung obliegenden Thätigkeit führe.*)

10. Nach § 363 der StPO. kann der Beschluß des Berufungsgerichts, durch welchen dasselbe die Berufung wegen Nichtbeobachtung der Bestimmungen über die Einlegung der Berufung als unzulässig verwirft, durch sofortige Beschwerde angefochten werden. Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Beschluß auf Unzulässigkeit des Rechtsmittels von dem Berufungsgericht aus erster Hand und insoweit erstinstanzlich gefaßt worden ist, indem dann, wenn gemäß § 360 der StPO. das Gericht erster Instanz die Berufung, weil sie verspätet eingelegt worden, als unzulässig verworfen, und der Beschwerdeführer auf die Entscheidung des Berufungsgerichts angetragen hat, die diesfallsige Entscheidung des Berufungsgerichts einer Anfechtung nicht unterliegt.**)

11. Nach § 412 der StPO. können alle Entscheidungen, welche aus Anlaß eines Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens von dem Gericht in erster Instanz (§ 407) erlassen werden, mit der sofortigen Beschwerde angefochten werden. Dieses Rechtsmittel findet daher statt sowohl gegen solche Entscheidungen, welche die Zulässigkeit des Antrags auf Wiederaufnahme betreffen (§ 408 der StPO.), als gegen solche Entscheidungen, welche darüber ergehen, ob der an sich zulässige Antrag für begründet zu achten sei (§ 410 der StPO.). Auch die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen die Wiederaufnahme der Untersuchung in Folge Antrags des Angeklagten anordnenden Beschluß ist nicht ausgeschlossen, damit in Fällen, in denen der Beschluß auf einer unrichtigen Anwendung der für die Wiederaufnahme gegebenen Prozeßvorschriften beruht, eine Abhülfe ermöglicht werde.***) Unter die nach § 412 anfechtbaren Entscheidungen gehört in Folge der

*) Motive S. 161, in Hahn's Mat. I. S. 213.

**) Annalen des OLG. II., S. 302.

***) Motive zu § 333 des Entw., S. 221, in Hahn's Mat. I. S. 268.

Allgemeinheit der Vorschrift auch die nach § 400 ertheilte Entscheidung darüber, ob wegen des Antrags auf Wiederaufnahme die Strafvollstreckung einen Aufschub oder eine Unterbrechung zu erleiden habe. Dagegen ist die Entscheidung über einen auf Grund des § 399 no. 3 oder des § 402 no. 3 gegen ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urtheil angebrachten Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens, da sie in diesen Fällen nach § 407 von dem Revisionsgericht zu ertheilen ist, in Folge der Vorschrift des § 346 Abs. 3 unanfechtbar.

12. Die in §§ 74 bis 78 des StGB.'s gegebenen Vorschriften über die Zuerkennung einer Gesammtstrafe sollen nach § 79 auch dann Anwendung finden, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Verurtheilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurtheilung begangen war. Um dieser Vorschrift volle Wirksamkeit zu sichern, ist der Fall prozessualisch geregelt worden, wenn Jemand durch verschiedene Urtheile zu Strafen verurtheilt worden ist, bei dem späteren Urtheil aber die Vorschriften über Zuerkennung einer Gesammtstrafe außer Betracht geblieben sind.*) In diesem Falle sollen nach § 492 der StPO. die erkannten Strafen durch eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung auf eine Gesammtstrafe zurückgeführt werden. § 494 Abs. 3 regelt die Zuständigkeit zur Entscheidung für den Fall, daß die verschiedenen, durch nachträgliche Festsetzung einer Gesammtstrafe abzuändernden Urtheile von verschiedenen Gerichten erlassen sind. Hier soll die Entscheidung zunächst

a) demjenigen Gericht zustehen, welches die schwerste Strafart erkannt hat,

b) bei Strafen gleicher Art demjenigen Gericht, welches die höchste Strafe erkannt hat,

c) falls aber hiernach mehrere Gerichte zuständig sein würden, demjenigen Gericht, dessen Urtheil zuletzt ergangen ist. War das hiernach maßgebende Urtheil von einem Gerichte höherer Instanz erlassen, so setzt das Gericht erster Instanz, und war eines der

*) Motive zu § 414 des Entw., S. 250, in Hahn's Mat. I. S. 294.

Strafurtheile von dem Reichsgericht in erster Instanz erlassen, so setzt das Reichsgericht die Gesammtstrafe fest. Gegen die nach diesen Bestimmungen zu ertheilende nachträgliche Entscheidung über die Festsetzung einer Gesammtstrafe findet nach § 494 Abs. 4 der StPO., insofern sie nicht vom Reichsgericht erlassen ist, sofortige Beschwerde statt.

13. In gewissen Fällen ist auch nach anderen Richtungen über Streitfragen, welche sich im Stadium der Strafvollstreckung ergeben, die Entscheidung des Gerichts herbeizuführen. (§ 490 flg. der StPO.)

Dieselbe tritt — abgesehen von dem bereits unter no. 12 behandelten Falle der nachträglichen Festsetzung einer Gesammtstrafe, welchen die StPO. § 494 Abs. 1 auch mit der Strafvollstreckung in Zusammenhang bringt — unter folgenden Voraussetzungen ein:

a) wenn über die Auslegung eines Strafurtheils oder

b) über die Berechnung der erkannten Strafe Zweifel entstehen,*)

c) wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Strafvollstreckung erhoben werden,**) z. B. wenn es sich um Vollstreckung der einer Geldstrafe substituirten Freiheitsstrafe handelt und der Verurtheilte

---

*) Annalen des OLG. II. S. 194.

**) Die in Keller's Comm. zur StPO. erörterte, in der 1. Auflage S. 490 no. 9 zu § 453 bejahte, in der 2. Aufl. dagegen S. 587 no. 10 zu § 453 verneinte Frage, ob unter die Kategorie c auch der Fall zu stellen sei: wenn eine Polizeibehörde eine Strafverfügung ohne jede gesetzliche Befugniß dazu erlassen hat, gleichwohl aber gegen dieselbe fristgemäß auf gerichtliche Entscheidung nicht angetragen worden, ist richtiger zu verneinen. Mit Recht wird in dieser Beziehung in der Abhandlung v. Schlieben's: das Strafbefugniß der Polizeibehörden, in Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung zunächst für das Königreich Sachsen, I. Band S. 78 geltend gemacht, daß wenigstens nach sächsischem Landesrecht gegen rechtskräftige Strafverfügungen der Polizeibehörden die Hülfe des Gerichts nach den Bestimmungen des § 490 flg. der StPO. nicht in Anspruch genommen werden könne, da die StPO. die Beurtheilung der Frage, welche Wirkungen eine Strafverfügung habe, gegen welche der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht angebracht worden ist, der Landesgesetzgebung überlassen hat und nach § 3 des K. Sächs. Gesetzes, das Verfahren in Verwal-

die erfolgte Zahlung der Geldstrafe behauptet,*) oder wenn der zur Strafverbüßung Herangezogene seine Identität mit dem Verurtheilten bestreitet;**)

d) wenn nach Maßgabe des § 487 der StPO. Einwendungen gegen die Ablehnung eines Antrags auf Aufschub der Strafvollstreckung erhoben werden. Dahin gehören, wie sich aus § 487 ergiebt, nur die Fälle: wenn in Frage kommt, ob die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu verschieben sei, weil der Verurtheilte in Geisteskrankheit verfallen, — weil er in eine andere Krankheit verfallen, in deren Folge von der Vollstreckung eine nahe Lebensgefahr für den Verurtheilten zu besorgen steht, — weil der Verurtheilte in einem körperlichen Zustande sich befindet, bei welchem eine sofortige Vollstreckung mit der Einrichtung der Strafanstalt unverträglich ist. Dagegen bezieht sich die Vorschrift des § 490 Abs. 2 nicht auf solche Fälle, in denen aus einem der in § 488 bezeichneten Gründe Aufschub der Strafvollstreckung beantragt wird;

e) wenn behauptet wird, daß der Verurtheilte eine Krankheit, in deren Folge er nach Beginn der Strafvollstreckung in eine von der Strafanstalt getrennte Krankenanstalt gebracht worden, mit der Absicht herbeigeführt habe, die Strafvollstreckung zu unterbrechen und daher die Frage entsteht, ob die Dauer seines Aufenthalts in der Krankenanstalt in die Strafzeit einzurechnen sei. (§ 493 der StPO.).

f) Kann eine verhängte Geldstrafe nicht beigetrieben werden, und ist die Festsetzung der für diesen Fall eintretenden Freiheitsstrafe unterlassen worden, so ist die Geldstrafe nachträglich von

---

tungsstrafsachen betr., vom 8. März 1879, wenn von dem Beschuldigten innerhalb der gesetzlichen Frist auf gerichtliche Entscheidung nicht angetragen wird, die Strafverfügung im ganzen Umfange sofort vollstreckbar ist und zwar, wie § 4 der Ausführungsverordnung vom 15. Sept. 1879 erläuterungsweise hinzufügt: im Verwaltungswege. In dem von Keller hervorgehobenen Falle würde dem Verurtheilten nach § 5 des angezogenen Gesetzes vom 8. März 1879 lediglich Recurs oder Beschwerde an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde zustehen.

*) Löwe, StPO. no. 2a zu § 490 3. Aufl. S. 760.

**) Motive zu § 412 des Entw., S. 250, in Hahn's Mat. I, S. 294.

dem Gericht in die entsprechende Freiheitsstrafe umzuwandeln. (§ 490 der StPO.) Die nurerwähnte Vorschrift beruht auf der Voraussetzung, daß in den auf Geldstrafe lautenden Urtheilen regelmäßig auch die Freiheitsstrafe festgesetzt werde, welche, falls die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, von dem Verurtheilten zu verbüßen ist.*)

Die in den vorstehend bezeichneten Fällen erforderlichen gerichtlichen Entscheidungen können auf Provocation des Verurtheilten sowie der Staatsanwaltschaft herbeigeführt werden. Das sonst hierbei einzuschlagende Verfahren wird in § 494 der StPO. dahin geregelt: „die bei der Strafvollstreckung nothwendig werdenden gerichtlichen Entscheidungen (§§ 490—493) werden von dem Gerichte erster Instanz ohne mündliche Verhandlung erlassen; vor der Entscheidung ist der Staatsanwaltschaft und dem Verurtheilten Gelegenheit zn geben, Anträge zu stellen und zu begründen.“ Unter dem nach § 494 zur Entscheidung zuständigen Gericht erster Instanz ist zu verstehen: das Gericht, welches das Urtheil erster Instanz erlassen hat — auch wenn im Falle der Freisprechung in der Berufungsinstanz reformatorisch auf Verurtheilung erkannt worden ist. Es kann demnach vorkommen, daß der erste Richter über den Sinn eines zweitinstanzlichen Urtheils entscheidet. Da die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erlassen wird, so tritt nach § 30 Abs. 2 des GVG. der Amtsrichter an die Stelle des Schöffengerichts. Insoweit der Amtsrichter zugleich Strafvollstreckungsbehörde ist (§ 483 Abs. 3 der StPO. verbunden mit § 12 der Verordnung des k. s. Justizministeriums, betreffend die Ausführung einiger Bestimmungen der StPO. vom 24. September 1879, Justizministerialblatt 1879 S. 3), hat er als Richter über Einwendungen zu entscheiden, welche gegen die von ihm als Strafvollstreckungsbehörde getroffenen Verfügungen erhoben werden. Die Strafkammer hat auch dann zu entscheiden, wenn das Urtheil von dem Schwurgericht erlassen war. (§ 82 Schlußsatz des GVG.) Die Strafkammer entscheidet nur in der Zusammensetzung aus drei Richtern (§ 77 des GVG.), auch wenn das Urtheil von

---

*) Motive zu § 413 des Entw., S. 250, in Hahn's Mat. I. S. 294.

fünf Richtern erlassen war. Nach § 494 Abs. 4 — (die Worte: „gegen diese Entscheidungen" sind nicht etwa blos auf die unmittelbar vorher erwähnten Entscheidungen über nachträgliche Festsetzung einer Gesammtstrafe zu beziehen) — findet gegen alle gerichtliche Entscheidungen, welche bei der Strafvollstreckung nach den Vorschriften in § 490—493 erlassen werden, demnach auch gegen diejenigen Entscheidungen, welche in den oben unter a bis f bezeichneten Richtungen ergehen, sofortige Beschwerde statt, es wäre denn, daß die betreffende Entscheidung von dem Reichsgericht erlassen worden ist.

Hieran schießt sich

14. die in § 463 Abs. 3 der StPO. erwähnte sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung über Strafumwandelung nach vorausgegangenem Verwaltungsstrafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle. Ist nämlich die in einem vollstreckbaren Strafbescheide der Verwaltungsbehörde festgesetzte Geldstrafe von dem Beschuldigten nicht beizutreiben und deshalb ihre Umwandelung in eine Freiheitsstrafe erforderlich, so ist diese Umwandelung durch gerichtliche Entscheidung auszusprechen, welche, wenn für eine Urtheilsfällung das Schöffengericht zuständig gewesen wäre, durch Verfügung des Amtsrichters, in den übrigen Fällen durch Beschluß des Landgerichts erfolgt. Gegen diese Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt. Die Frage, ob in diesem Falle die sofortige Beschwerde auch der Verwaltungsbehörde zustehe,*) ist zu verneinen, weil die Einlegung des Rechtsmittels einen Act des Anschlusses an das Strafverfahren enthalten würde, wozu die Verwaltungsbehörde nur unter den in § 467 der StPO. erwähnten, hier nicht vorliegenden Voraussetzungen berechtigt ist.

15. Endlich findet nach § 501 Abs. 3 der StPO. sofortige Beschwerde statt gegen die Entscheidung des Gerichts darüber, ob, wenn ein, sei es auch nur außergerichtliches Verfahren durch eine wider besseres Wissen gemachte oder auf grober Fahrlässigkeit

*) Bejaht in v. Schwarze's Comm. no. 6 zu § 463 S. 504, verneint von Löwe no. 4 zu § 463, 3. Aufl. S. 739 und Puchelt no. 6 zu § 463, S. 783.

beruhende Anzeige veranlaßt worden ist, dem Anzeigenden die der Staatscasse und dem Beschuldigten erwachsenen Kosten aufzuerlegen seien.*)

§ 8.

Die weitere Beschwerde.

Nach § 352 Abs. 2 der StPO. findet in der Regel eine weitere Anfechtung der in der Beschwerdeinstanz ergangenen Entscheidungen nicht statt. Es wird hierdurch der Grundsatz aufgestellt, daß in Strafsachen nur eine einmalige Beschwerde zulässig ist. Ausnahmsweise können jedoch nach § 352 Abs. 1 Beschlüsse, welche von dem Landgericht in der Beschwerdeinstanz erlassen worden sind, nochmals durch Beschwerde angefochten werden, insofern sie „Verhaftungen" betreffen. Das Gesetz nennt dieses Rechtsmittel weitere Beschwerde, ohne daß ihm jedoch, abgesehen von den Voraussetzungen, unter welchen es stattfindet, sonstige prozessuale Eigenthümlichkeiten zukommen. Vielmehr richtet sich die prozessuale Behandlung der weiteren Beschwerde lediglich nach dem Unterschiede zwischen einfacher und sofortiger Beschwerde. Der Grund jener Ausnahmebestimmung beruht nach den Motiven**) in der materiellen Bedeutung, welche den die Entziehung der persönlichen Freiheit betreffenden Entscheidungen beiwohnt und die Bürgschaft einer zweifachen collegialen Beschlußfassung erheischt. Der Begriff der „Verhaftung" ist bei Beurtheilung der Zulässigkeit weiterer Beschwerde nach § 352 in dem nämlichen Sinne zu verstehen, in welchem der neunte Abschnitt des ersten Buchs der StPO. von „Verhaftung" spricht. Es sind daher unter „Verhaftungen" im Sinne von § 352 keineswegs die sämmtlichen im Laufe des Strafverfahrens nach Maßgabe der Bestimmungen der StPO. anwendbaren Freiheitsentziehungen begriffen, sondern nur diejenigen, welche in Gemäßheit der Vorschriften in §§ 112 flg. der StPO. auf die Entscheidung des Richters gestellt werden.***) Andererseits nöthigt aber die Allgemein-

---

*) Vgl. hierzu die Abhandlung v. Schwarze's: Beitrag zur Auslegung der §§ 501 und 504 der StPO. im Gerichtssaal, 33. Bd., Jahrg. 1881, S. 504 flg. und Annalen des OLG. III. S. 200, 202.

**) Motive zu § 397 des Entw. S. 200, in Hahn's Mat. I. S. 249.

***) Annalen des OLG. II. S. 296 no. 9.

heit der in § 352 gebrauchten Ausdrucksweise: soweit sie Verhaftungen „betreffen“ dazu, als anfechtbar mittels weiterer Beschwerde alle in der Beschwerdeinstanz von den Strafkammern der Landgerichte erlassenen Entscheidungen zu betrachten, welche überhaupt die Frage angehen, ob eine Verhaftung einzutreten habe oder nicht, mithin alle derartige Entscheidungen, welche sich auf die Erlassung oder Aufhebung oder Ablehnung der Erlassung oder Aufhebung eines Haftbefehls (§ 128) oder die Freilassung des Angeschuldigten gegen Sicherheitsleistung (§ 117) oder auf Ergreifung einer Person auf Grund eines Steckbriefs (§ 131) beziehen. Auch Entscheidungen über die Art und Weise der Vollstreckung der Untersuchungshaft, welche in § 116 der StPO. ausdrücklich dem Richter zugewiesen werden,*) wird man nicht von der Anfechtbarkeit mittels weiterer Beschwerde ausschließen können. Für die Erstreckung des Begriffs der Verhaftungen im Sinne des § 352 der StPO. auf Fragen, welche die Sicherheitsleistung betreffen, spricht namentlich der Umstand, daß in § 124 die Entscheidung über Sicherheitsleistung zu den auf die Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen ausdrücklich gerechnet wird. Dagegen möchte es nicht gerechtfertigt sein, die Zulässigkeit weiterer

*) Zweifelhaft ist die Zuständigkeit zum Erlasse der auf die Vollstreckung der Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen. In § 116 Abs. 5 der StPO. wird nur gesagt, daß die nach Maßgabe vorstehender Bestimmungen erforderlichen Verfügungen der Richter zu treffen hat. Ergänzt wird diese Vorschrift durch § 124 Abs. 1, wonach die auf die Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen von dem zuständigen Gericht erlassen werden. Die diesfallsige Zuständigkeit wird jedoch durch den weiteren Inhalt des § 124, namentlich für landgerichtliche Strafsachen nicht vollständig geregelt. Es kann daraus nur soviel gefolgert werden, daß zunächst die auf Vollstreckung der Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen dem Untersuchungsrichter gebühren. Da jedoch dessen Function mit dem Schlusse der Voruntersuchung erlischt, so entsteht die Frage, welchem Organe jene Entscheidungen in den späteren Stadien des Verfahrens zufallen. Die Vorschrift im 3. Abs. des § 124 der StPO. bezieht sich nur auf das Stadium zwischen Eröffnung des Hauptverfahrens und Abhaltung der Hauptverhandlung. Daraus jedoch, daß an dieser Stelle die im 2. Abs. des § 124 gedachten, die Vollstreckung der Untersuchungshaft nicht unmittelbar berührenden Entscheidungen dem Vorsitzenden des erkennenden Gerichts nur in

Beschwerde auch auf Entscheidungen über den Verfall einer zu Abwendung der Untersuchungshaft geleisteten Sicherheit (§ 122 der StPO.) zu erstrecken,*) weil für solche Entscheidungen in § 122 ein eigenartiges Verfahren mit abgeschlossenem Instanzenzuge durch einmalige sofortige Beschwerde (verbis: gegen die Entscheidung steht ihnen nur die sofortige Beschwerde zu) vorgeschrieben ist. Scheidet man den zuletzt erwähnten Fall aus, so wird die weitere Beschwerde sich stets als einfache Beschwerde darstellen. Da nach § 125 der StPO. auch vor Erhebung öffentlicher Klage von dem Amtsrichter ein Haftbefehl erlassen werden kann, so ist die Füglichkeit weiterer Beschwerde in allen zulässigen Richtungen auch schon im Vorverfahren gegeben. Dagegen wird nach Eröffnung der Voruntersuchung nur die Erlassung oder Aufrechterhaltung des Haftbefehls den Gegenstand weiterer Beschwerde bilden können, indem nach § 124 der StPO. der Untersuchungsrichter zur Aufhebung eines Haftbefehls sowie zur Freilassung des Angeschuldigten gegen Sicherheitsleistung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft bedarf und, wenn diese Zustimmung versagt wird, Entscheidung des Gerichts einzuholen ist, so daß in solchen Fällen die Entscheidung der Strafkammer in erster Instanz ergeht.

Verschieden von der weiteren Beschwerde ist die Wieder-

---

dringenden Fällen zugewiesen werden, muß gefolgert werden, daß zwischen dem Schlusse der Voruntersuchung und der Hauptverhandlung die auf Vollstreckung der Untersuchungshaft bezüglichen Entscheidungen in der Regel von der Strafkammer, vor welcher die Hauptverhandlung stattzufinden hat, zu erlassen sind. Wird Revision eingelegt, so werden die nurgedachten Entscheidungen nach der Hauptverhandlung erster Instanz bis zur Revisionshauptverhandlung dem Vorsitzenden der Strafkammer, deren Urtheil angefochten wird, zugetheilt werden müssen, da diesem Vorsitzenden die Geschäftsleitung in der Sache zukommt und die Function der Strafkammer als erkennenden Gerichts nunmehr erloschen ist. Dagegen wird in amtsgerichtlichen Strafsachen in Folge der hier bestehenden Einheit der Geschäftsleitung in der Hand des Amtsrichters die nach § 116 Abs. 5 der StPO. erforderlichen Verfügungen stets der Amtsrichter zu treffen haben.

*) Für die Zulässigkeit weiterer Beschwerde auch gegen solche Entscheidungen Puchelt, StPO. no. 2 zu § 352 S. 549 und unter no. 2 zu § 353 S. 551.

holung der Beschwerde wegen desselben Gegenstandes, welche wenigstens bei der einfachen, nicht befristeten Beschwerde nicht ausgeschlossen ist, wenn veränderte Verhältnisse die angefochtene Maßregel als unstatthaft erscheinen lassen.*) Hierin liegt jedoch nicht die Anrufung einer weiteren Beschwerdeinstanz, sondern nur die Erneuerung einer zurückgewiesenen Beschwerde.

(Schluß folgt.)

*) v. Schwarze in v. Holtzendorff's Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts II. Band S. 261 not. 2, v. Kries, die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze S. 374.

Präjudizien.

Strafprozeßrecht.

3.

Devolutivkraft der Beschwerde. — Prüfung der örtlichen Zuständigkeit von Amtswegen. (§§ 18, 207 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 28. Juni 1882 zu no. 275 V. A.

Nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens verbunden mit der Anklageschrift Bl. treffen im vorliegenden Falle zusammen:

a) ein in Rodewisch (AG. Auerbach, LG. Plauen) verübter einfacher Diebstahl,

b) ein in Crimmitschau (AG. Crimmitschau, LG. Zwickau) begangener Betrug, und

c) ein in Hartmannsdorf (AG. Kirchberg, LG. Zwickau) verübter Diebstahl, während der Thäter aller dieser Delicte seinen Wohnsitz in Langenreinsdorf (AG. Crimmitschau, LG. Zwickau) hat. Die sachliche Zuständigkeit eines LG. konnte, da der Werthsbetrag des Gestohlenen und bez. des Schadens in den einzelnen Fällen die in § 27 unter 4 und 6 des GVG. bezeichnete Grenze der Zuständigkeit des Schöffengerichts nicht übersteigt, nach § 73 unter 5 des nämlichen Gesetzes, verbunden mit § 2 der StPO. überhaupt nur dadurch begründet werden, daß der Diebstahl unter c als ein nach § 243 unter Ziffer 7 des StGB.'s zu beurtheilender schwerer Diebstahl unter Anklage gestellt wird Da jedoch dieser Diebstahl sowohl im Bezirke des LG.'s Zwickau verübt worden ist, als auch der Thäter in dem nämlichen Bezirke seinen Wohnsitz hat, so war die örtliche Zuständigkeit, mochte nun der Gerichtsstand bez. des zuletzt erwähnten Delicts nach § 7 oder nach § 8 der StPO. sich be-

stimmen, dem LG. Zwickau beizulegen. Es erscheint daher ebensowenig gerechtfertigt, daß die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage bei dem LG. Plauen erhoben, als daß die Strafkammer des letzteren über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat. Wenn schon die nach § 6 der StPO. dem Gericht in jeder Lage des Verfahrens von Amtswegen obliegende Prüfung seiner Zuständigkeit sich nur auf die sachliche Zuständigkeit bezieht, so ergiebt sich doch namentlich aus der Vorschrift in § 18 der StPO., daß bis zu dem dort bezeichneten Zeitpunkte, und insbesondere bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens, das Gericht auch seine örtliche Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen so berechtigt wie verpflichtet ist. Hätte die Strafkammer des LG. Plauen sich dieser Prüfung unterzogen, so hätte dieselbe ihre örtliche Unzuständigkeit zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erkennen und dieselbe aus diesem Grunde ablehnen sollen. Ist nun auch die sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft nur dagegen gerichtet, daß die Strafkammer nach Inhalt des Beschlusses Bl. den Diebstahl unter c nicht nach § 243 Ziffer 7, sondern nach § 242 des StGB.'s beurtheilt und in dessen Folge, abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft, die Verweisung der Sache nicht vor die Strafkammer, sondern vor das Schöffengericht ausgesprochen hat, ohne daß hierbei von der Staatsanwaltschaft die örtliche Unzuständigkeit der Strafkammer zur Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens ausdrücklich zur Beschwerde gezogen worden ist, so tritt doch in Folge der Devolutivkraft des gedachten Rechtsmittels in Bezug auf die angefochtene Entscheidung das Beschwerdegericht nach allen Richtungen an die Stelle des Gerichts, dessen Entscheidung angefochten wird, so daß auch die örtliche Zuständigkeit des Vorderrichters zum Erlaß der angefochtenen Entscheidung der Prüfung in der Beschwerdeinstanz unterliegt. Wenn nun hierbei die örtliche Unzuständigkeit der Strafkammer zur Beschlußfassung auf die Bl. eingereichte Anklageschrift sich ergeben hat, so war aus diesem Grunde, ohne weiteres Eingehen auf das Materielle der Sache, der angefochtene Beschluß aufzuheben und der Staatsanwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Klage bei dem LG. Zwickau anheim zu stellen.

Hierdurch erledigt sich zugleich diejenige Incorrectheit des Ver-

fahrens, welche darin besteht, daß die Strafkammer des LG.'s Plauen, nachdem sie die sachliche Zuständigkeit des Schöffengerichts für begründet erachtete, wie in dem angefochtenen Beschlusse Bl. geschehen, das Hauptverfahren vor dem Schöffengericht zu Crimmitschau — demnach einem nicht dem Bezirke des LG.'s Plauen, sondern des LG.'s Zwickau zugetheilten Gericht — eröffnet hat. Da die Vorschrift in § 207 der StPO., wonach das LG. das Hauptverfahren vor den erkennenden Gerichten jeder Ordnung, nicht aber vor dem Reichsgericht eröffnen kann, nur die sachliche Zuständigkeit zur Eröffnung des Hauptverfahrens regelt und die örtliche Zuständigkeit zur stillschweigenden Voraussetzung hat, so ist die Handhabung der erwähnten Vorschrift theils an die Grenzen eines jeden Bundesstaats, theils an die Beobachtung der innerhalb desselben bestehenden Eintheilung der Gerichtsbezirke und der von der Landesjustizverwaltung getroffenen räumlichen Ueber- und Unterordnung der Gerichte gebunden, so daß ein Landgericht, wenn es bei der Entscheidung über Eröffnung des Hauptverfahrens die Zuständigkeit eines außerhalb seines Bezirks belegenen Gerichts für begründet erachtet, sich auf die Erklärung seiner Unzuständigkeit zu beschränken hat. Vgl. auch die Commentare zur StPO. von

Löwe, S. 459 ed. II. no. 1 zu § 207 und
Puchelt, S. 362 no. 2 zu § 207.

4.

Bezeichnung von Eventualgesichtspunkten im Eröffnungsbeschlusse. (§§ 205, 209, 264 Abs. 1 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 14. Juni 1882 zu no. 259 V. A.

Weil den Gegenstand der nach Bl. gegen Friedrich Carl Paul K. und Franz G. erhobenen Anklage, insoweit dieselbe in erster Linie auf Vergehen gegen § 131 des StGB.'s, bez. Beihülfe zu diesem Vergehen, eventuell auf Vergehen gegen § 21 des Gesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874 gerichtet ist, in beiden Beziehungen die nämliche That bildet, und die Unterstellung derselben unter das eine oder das andere Strafgesetz lediglich davon abhängt, ob den genannten Angeklagten Kenntniß von dem Inhalte des unter Anklage gestellten

Wahlaufrufs zur Zeit der Verbreitung, bez. des Druckes, nachgewiesen werden könne oder nicht,

mithin, wenn die Strafkammer des LG.'s Z. nach Inhalt des Beschlusses Bl. das Hauptverfahren gegen K. und G. nur wegen Vergehens gegen § 131 des StGB.'s, bez. Beihülfe zu demselben, eröffnet hat, weder behauptet werden kann, daß die Strafkammer die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Vergehens gegen § 21 des Preßgesetzes abgelehnt, noch auch, daß sie die hierauf gerichtete Anklage übergangen habe, vielmehr die Frage, ob die nach Inhalt des Eröffnungsbeschlusses den mehrgenannten Angeklagten zur Last gelegte That unter Umständen nach § 21 des Preßgesetzes zu beurtheilen sei, nur die eventuelle rechtliche Qualificirung dieser That betrifft, zu deren Bezeichnung im Eröffnungsbeschlusse nach Maßgabe der Vorschrift in § 205 der StPO. keine prozessuale Nothwendigkeit besteht, zumal die Zulässigkeit der Anwendung der oben angezogenen Vorschrift des Preßgesetzes, als der eventuell eintretenden milderen Strafbestimmung, bei künftiger Aburtheilung der Sache, unbeschadet des ungestörten Fortgangs der Hauptverhandlung, durch Beobachtung des in § 264 Abs. 1 der StPO. vorgeschriebenen Verfahrens gesichert werden kann,

in dessen Allen Betracht aber die von der Staatsanwaltschaft gegen obigen Beschluß aus dem Grunde, weil die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen K. und G. wegen Vergehens gegen § 21 des Preßgesetzes abgelehnt oder doch mindestens in dem Beschlusse übergangen und die Prüfung der unter Anklage gestellten That in dieser Richtung unterlassen worden sei, erhobene Beschwerde, mag man nun insoweit dieses Rechtsmittel als sofortige oder als einfache Beschwerde ansehen, als unbegründet sich darstellt, ꝛc.

5.

Widerruf der Zurücknahme einer unbefristeten Beschwerde ist in der Regel unwirksam. (§ 344 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 20. September 1882 zu no. 411 V. A.

Da der Angeschuldigte L. die von ihm Bl. eingewendete Beschwerde Inhalts des Protokolls Bl. mit unzweideutigen Worten und

unbedingt zurückgenommen hat, ein Widerruf der Zurücknahme eines Rechtsmittels aber als unstatthaft sich darstellt (vgl. § 344 der StPO.), so ist der Bl. anzutreffenden Erklärung L.'s, sein vorgedachtes Rechtsmittel wiederaufnehmen zu wollen, keine weitere Folge zu geben, vielmehr dasselbe nunmehr als unzulässig zurückzuweisen.

6.

Verfahren und Rechtsmittel bei Festsetzung der in Privatklagesachen dem Privatkläger von dem Angeklagten zu erstattenden nothwendigen Auslagen. (§ 503 Abs. 1 und 5, § 496 Abs. 2 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 13. September 1882 zu no. 398 V. A.

Wenn in einem Verfahren auf erhobene Privatklage der Angeklagte gemäß § 503 Abs. 1 der Strafprozeßordnung verurtheilt worden ist, auch die dem Privatkläger erwachsenen nothwendigen Auslagen zu erstatten, als worunter nach der Vorschrift in § 503 Abs. 5 der StPO., wenn sich der Gegner der erstattungspflichtigen Partei eines Rechtsanwalts bedient, die Gebühren und Auslagen des Anwalts insoweit begriffen sind, als solche nach der Bestimmung in § 87 der CPO. die unterliegende Partei der obsiegenden zu erstatten hat, so leidet auf die Feststellung der zu erstattenden Kosten nicht etwa das in §§ 98 und 99 der CPO. vorgeschriebene Verfahren Anwendung, sondern es regelt sich das diesfalls einzuschlagende Verfahren nach der Vorschrift in § 496 Abs. 2 der StPO., wonach, wenn über die Höhe der Kosten und die Nothwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen Streit entsteht, hierüber besondere Entscheidung erfolgt. Gegen eine solche Entscheidung findet nach § 346 der StPO. einfache Beschwerde statt. Nachdem in vorliegender Privatklagesache der Angeklagte in der Berufungsinstanz nach Bl. verurtheilt worden ist, dem Privatkläger die nothwendigen Auslagen zu erstatten, hat der Angeklagte zunächst in der Eingabe Bl. die Erstattungsfähigkeit einzelner Ansätze aus der ihm nach seinem Anführen von dem Rechtsanwalt des Privatklägers mit der Aufforderung zu deren Berichtigung zugesendeten Kostenberechnung bestritten. Es lag mithin die Voraussetzung des § 496 Abs. 2 der

StPO. bereits vor, als dem Gesuche des Anwalts des Privatklägers Bl. um Festsetzung der dem Letzteren von dem Angeklagten zu erstattenden Kosten durch das Festsetzungsdecret des Amtsgerichts zu S. Bl. entsprochen wurde, so daß in diesem Festsetzungsdecrete die nach § 496 Abs. 2 der StPO. erforderliche Entscheidung zu finden ist. Hat nun über die von dem Angeklagten gegen dieses Festsetzungsdecret Bl. erhobene Beschwerde, welche das Amtsgericht in dem Anzeigebeschlusse Bl. unrichtiger Weise als eine „sofortige" bezeichnet hat, die Strafkammer des Landgerichts F. mittels des Beschlusses Bl. entschieden, so findet nach §§ 352 Abs. 2 der StPO., da der im ersten Absatze erwähnte Ausnahmefall nicht vorliegt, eine weitere Anfechtung dieser in der Beschwerdeinstanz ergangenen Entscheidung nicht statt. Es war daher die von dem Angeklagten gegen den nurgedachten Beschluß der Strafkammer gleichwohl erhobene Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

7.

Fortstellung einer von dem Militärgericht eingeleiteten Untersuchung durch das Civilgericht. (§ 14 der Militär-Strafgerichtsordnung vom 4. Nov. 1867.)

Beschluß des OLG.'s vom 27. März 1882 no. 132 V. A.

Nach den Ergebnissen des bisherigen Ermittelungsverfahrens erscheint U. hinreichend verdächtig, am 29. Mai 1881 ein Paar ihm eigenthümlich gehörige Stiefeln, — mithin seine eigene bewegliche Sache, — dem Pfandleiher K. zu G., welchem er die gedachten Stiefeln am 12. März 1881 für 6 Mk. verpfändet hatte, in der rechtswidrigen Absicht, sich gegen den Willen des Pfandgläubigers in den Besitz des Pfandgegenstandes ohne Erlegung des Pfandschillings zu setzen, weggenommen zu haben, — eine Handlungsweise, welche unter § 289 des StGB.'s fällt. Wenn die Strafkammer des Landgerichts D. nach Inhalt des Beschlusses Bl. gleichwohl die von der Staatsanwaltschaft Bl. beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens wider U. wegen Vergehens gegen § 289 des StGB.'s abgelehnt hat, indem sie sich der Entscheidungsformel bedient, daß der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Eröffnung des Hauptverfahrens als unzulässig verworfen werde, so beruht diese Entscheidung auf den prozessualen Vor-

gängen, welche vor der Einreichung der Anklageschrift liegen. Gegen genannten U. hat nämlich, da er die beschriebene Handlung zu einer Zeit begangen, wo er als Husar in der ... Escadron des ... Husarenregiments no. ... zu G. noch in activem Militärdienste stand, deshalb nach den Vorschriften in § 196 flg. der mittels Allerhöchster Verordnung vom 4. November 1867 für das Königreich Sachsen eingeführten Militär-Strafgerichtsordnung ein standrechtliches Verfahren mit dem Ausgange stattgefunden, daß derselbe durch das Bl. ersichtliche, von Seiten des Befehlshaber bestätigte Erkenntniß des commandirten Standgerichts vom. 1. Juli 1881 auf Grund der Eingangs bezeichneten Anklagethatsachen, welche das Standgericht für erwiesen erachtete, unter Beurtheilung derselben als Diebstahl, nach § 242 des StGB.'s mit vier Wochen Gefängniß, wovon eine Woche durch die Untersuchungshaft als verbüßt angesehen wurde, bestraft worden ist. U. hat auch gemäß der Vorschrift in § 207 der angezogenen Militär-Strafgerichtsordnung die erkannte Freiheitsstrafe Bl. sofort angetreten und in der Zeit vom 1. bis zum 22. Juli 1881 in dem Garnison-Arrestlocale verbüßt. Nachdem jedoch aus Anlaß der in § 210 vorgeschriebenen periodischen Revision der rechtskräftigen Erkenntnisse der Standgerichte gegen das erwähnte Erkenntniß das Bedenken erhoben worden war, daß die Strafthat U.'s, indem er seine eigene bewegliche Sache dem Pfandleiher K. in rechtswidriger Absicht weggenommen, nicht als Diebstahl, sondern als ein nach § 289 des StGB.'s strafbarer Eigennutz sich darstelle, ist nach Inhalt der Verordnung des Oberkriegsgerichts vom 27. December 1881 Bl. mittels Allerhöchsten Beschlusses verfügt worden, daß das wider den Husar U. ergangene standgerichtliche Erkenntniß vom 1. Juli 1881 wieder aufzuheben und anderweit in der Sache zu erkennen sei. Die Ausführung dieser Verordnung im Militärgerichtsverfahren erscheint jedoch deshalb unthunlich, weil nach der Anzeige Bl. U. bereits am 19. September 1881 zur Reserve entlassen worden, und es hierbei auch vermöge Verfügung des Generalcommandos Bl. verblieben ist. Es wurde daher nach Bl. von Seiten des Militärgerichts die Sache behufs Fortstellung der Untersuchung vor dem Civilgericht auf Grund § 14 der mehrangezogenen Militär-Strafgerichtsordnung an die Staatsanwaltschaft abgegeben, welche unter Einreichung der

Anklageschrift Bl. bei dem LG. D. die Eröffnung des Hauptverfahrens vor letzterem wider genannten U. wegen Vergehens gegen § 289 des StGB.'s beantragt hat. Indem die Strafkammer den nurerwähnten Antrag als unzulässig verwirft, hat sie denselben nach den Motiven des Beschlusses Bl. aus dem Gesichtspunkte eines Antrags auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens beurtheilen zu sollen geglaubt. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden. Wiederaufnahme des Strafverfahrens setzt vor Allem ein durch rechtskräftiges, d. h. ein solches Urtheil, welches mit einem ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsmittel nicht weiter angefochten werden kann, geschlossenes Verfahren voraus. Durch ein rechtskräftiges Urtheil in diesem Sinne hat aber das vorliegende Strafverfahren noch nicht seinen Abschluß gefunden, indem das standgerichtliche Erkenntniß, nachdem es die Vollstreckbarkeit erlangt hatte, durch die oberwähnte Allerhöchste Entschließung wieder aufgehoben und angeordnet worden ist, anderweit in der Sache zu erkennen. Diese Anordnung ist im Rahmen des Militärgerichtsverfahrens kein Gnadenact, sondern ein Rechtsact, welcher von der Bestimmung in § 210 der Militär-Strafgerichtsordnung seinen Ausgang nimmt. Wenn die Strafkammer Zweifel dagegen erhebt, ob die Wiederaufhebung des standgerichtlichen Erkenntnisses nach dem Zusammenhange der Vorschriften der Militär-Strafgerichtsordnung zulässig gewesen sei, so entzieht sich die Rechtsbeständigkeit dieser Maßregel im Hinblick auf die in § 87 der Militär-Strafgerichtsordnung dem Generalauditoriate beigelegten Befugnisse jeder Prüfung des Civilgerichts. Das letztere hat vielmehr in vorliegender Strafsache davon auszugehen, daß das Erkenntniß aufgehoben und anderweit zu erkennen ist. Die nunmehrige Zuständigkeit des Civilgerichts aber wird durch die Vorschrift in § 14 der Militär-Strafgerichtsordnung begründet, deren Voraussetzung insofern gegeben ist, als es sich um Fortstellung einer Untersuchung handelt, welche bei dem Eintritte des Termins der Entlassung des Angeschuldigten aus dem Dienststande noch schwebte und ein gemeines Delict eines nicht verhafteten Angeschuldigten zum Gegenstande hat. Insbesondere muß angenommen werden, daß zur Zeit des Uebertritts des Angeklagten in den Beurlaubtenstand, obwohl damals das standgerichtliche Erkenntniß bereits rechtskräftig und vollstreckt

worden war, die Untersuchung noch schwebte, indem das standrechtliche Verfahren erst in dem Ergebnisse der in § 210 der Militär-Strafgerichtsordnung vorgeschriebenen Revision seinen endgültigen Abschluß findet. Mangels eines rechtskräftigen Erkenntnisses steht auch der erneuten Aburtheilung dieser Strafsache der Grundsatz: ne bis in idem nicht entgegen. Ebensowenig ist die Erneuerung des Verfahrens, wie auch aus der Vorschrift in § 401 der StPO. hervorgeht, durch die bereits erfolgte Strafvollstreckung grundsätzlich ausgeschlossen; vielmehr wird auf diesen Umstand lediglich in dem künftigen Erkenntnisse, falls eine Verurtheilung erfolgt, insofern die überstandene Strafhaft im Garnison-Arrestlocale mindestens als Untersuchungshaft angesehen werden kann, innerhalb der Vorschrift in § 60 des StGB.'s Rücksicht zu nehmen sein. Wenn demnach die Strafkammer der von der Staatsanwaltschaft beantragten Eröffnung des Hauptverfahrens sich nicht entbrechen konnte, so war dieselbe in Beachtung der gegen den ablehnenden Beschluß von der Staatsanwaltschaft Bl. erhobenen sofortigen Beschwerde zu verfügen.

Verwaltungsstrafsachen.

2.

Zolldefraudation. Begriff. Nachweis der Absicht. Einfluß des Veredelungsverkehrs auf den Thatbestand einer Zolldefraudation. Confiscation. (§§ 135, 136 5a, 137, 154 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869.)

Urtheil des OLG.'s vom 22. Februar 1882 no. 123 V. B. 1881.

Die vorige Instanz hat festgestellt:

1. daß der Angeklagte Handelsweber Carl August R. zu Spremberg kurz nach der am 15. Februar 1880 eingetretenen Beendigung des bis dahin auf Grund des Artikels 6 unter a des Handelsvertrags zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn vom 16. December 1878 (RGBl. S. 365 flg.), sowie der Bestimmungen im Schlußprotocolle zu diesem Artikel unter lit. A und B (RGBl. vom Jahre 1878, S. 380 flg.) verb. mit der Erklärung vom 31. December 1879

(RGBl. vom Jahre 1880 S. 9) zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn verstattet gewesenen Veredelungsverkehrs (vgl. § 115 des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869), welchen genannter R. dazu benutzt hatte, aus baumwollenen Werften inländischen Ursprungs durch in Böhmen wohnhafte Lohnweber Bettzeug anfertigen zu lassen, wissend, daß der erwähnte Veredelungsverkehr mit dem 15. Februar 1880 außer Kraft getreten sei (vgl. Bl.), die in Sachsen, und zwar in Sonneberg bei Spremberg, wohnhafte Mitangeklagte Johanne Christiane verehel. J. aufgefordert habe, von böhmischen Lohnwebern Werften, welche er an dieselben zur Verarbeitung ausgegeben hatte, bez. das daraus gearbeitete Bettzeug für ihn einzusammeln,

2. daß im März 1880 zwei nicht ermittelte Männer aus Königswalde in Böhmen vier Stück buntes baumwollenes Bettzeug, im Gewicht von je 6 kg., welches sie aus von R. ausgegebenen Werften hergestellt und ohne Anmeldung bei dem Zollamte von Böhmen nach Sachsen herübergeschafft hatten, in die Behausung der verehel. J. gebracht und der Letzteren mit der Bitte übergeben haben, dieses Bettzeug für sie an R. abzuliefern,

3. daß die verehel. J. in Folge der vorausgegangenen, unter 1 erwähnten Aufforderung R.'s das Bettzeug zur Ablieferung an Letzteren angenommen, zu diesem in die Behausung geschafft und ihm übergeben habe, obwohl sie wußte, nicht nur, daß der Veredelungsverkehr aufgehoben war, sondern auch, daß jene Männer das Bettzeug ohne Anmeldung von Böhmen nach Sachsen herübergebracht hatten.

Als den Ausgangspunkt für die gegen R. und die verehel. J. eingeleitete Strafverfolgung betrachtet die vorige Instanz die unter 2 festgestellte, zwei unbekannten Urhebern zur Last fallende Zolldefraudation, zu welcher die genannten beiden Angeklagten insofern in Beziehung gestellt werden, als nach Maßgabe der Feststellungen unter 1 und 3 die verehel. J., indem sie nach Begehung der unter 2 bezeichneten Hauptthat den Thätern wissentlich Beistand geleistet, um denselben die Vortheile ihrer strafbaren Handlungsweise zu sichern, einer Begünstigung im Sinne von § 257 des StGB.'s, R. aber, indem er die verehel. J. zu dieser Begünstigung durch das Mittel der Aufforderung vorsätzlich bestimmt, der Anstiftung zur Begünstigung nach § 48 verb. mit § 257 des StGB.'s sich schuldig gemacht habe.

Die vorige Instanz hat nun zwar angenommen, daß durch das oben unter 2 beschriebene Verhalten der beiden Unbekannten an sich der Thatbestand der in § 136 Ziffer 5a des Vereinszollgesetzes vom 1. Juli 1869 bezeichneten Form einer Zolldefraudation begründet werden würde, indem auf Grund der obigen Feststellungen unter 2 Bl. für erwiesen erachtet wird, daß beim Transport zollpflichtiger Gegenstände im Grenzbezirke die Zollstätte, bei welcher dieselben bei dem Eingange hätten angemeldet werden sollen, ohne Anmeldung überschritten oder umgangen worden sei. Das Berufungsgericht ist jedoch der Ansicht, daß auf Grund dieser Thatsache im Hinblick auf die Vorschrift in § 137 Abs. 2 des angezogenen Gesetzes eine Zolldefraudation sich nicht feststellen lasse, weil die Möglichkeit eines Nachweises der an nurangezogener Gesetzesstelle bezeichneten Art —, daß nämlich der Angeschuldigte eine Defraudation nicht habe verüben können, oder eine solche nicht beabsichtigt worden sei, um so weniger ausgeschlossen erscheine, als die Thäter nicht ermittelt worden und daher gar nicht in der Lage gewesen seien, einen solchen Nachweis zu erbringen. Die Freisprechung R.'s und der verehel. J. wird unter solchen Umständen darauf begründet, daß die strafbare Handlung selbst nicht erwiesen sei, in Bezug auf welche der verehel. J. eine Begünstigung und dem Angeklagten R. Anstiftung zu dieser Begünstigung beigemessen werde.

Die vorstehend dargelegte Beurtheilung, welche die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung in der Berufungsinstanz gefunden haben, beruht in mehrfacher Hinsicht auf Rechtsirrthum.

Zunächst würde, wenn die That der beiden Unbekannten an sich den Merkmalen einer Zolldefraudation der in § 136 Ziffer 5a des Vereinszollgesetzes bezeichneten Art als entsprechend zu befinden wäre, der Annahme einer solchen Defraudation die Vorschrift in § 137 Abs. 2 des nämlichen Gesetzes nicht entgegenstehen, da in den dort aufgeführten Fällen, worunter der Fall des § 136 Ziffer 5a sich mit befindet, die Anwendung der ordentlichen Strafe nicht schon durch die bloße Möglichkeit, sondern erst durch das wirkliche Erbringen des Nachweises, daß der Angeschuldigte eine Defraudation nicht habe verüben können, oder eine solche nicht beabsichtigt gewesen sei, ausgeschlossen wird. Die Bestimmung im ersten Absatze des

§ 137 des Vereinszollgesetzes, daß das Dasein der Zolldefraudation und die Anwendung der Strafe derselben in den im § 136 angeführten Fällen lediglich durch die daselbst bezeichneten Thatsachen begründet werde, enthält nicht blos eine vom Gesetz aufgestellte Präsumtion für die Absicht, den Zoll zu hinterziehen. Vielmehr ist durch diese Vorschrift ein formales Delict geschaffen worden, welches als durch gewisse Thatsachen für erbracht angesehen wird, uud für dessen Thatbestand es auf Prüfung der Absicht und der Willensrichtung des Handelnden überhaupt nicht ankommt. Deshalb bleibt selbst in den Fällen, in welchen nach Maßgabe des zweiten Abs. von § 137 der Nachweis erbracht wird, daß der Angeschuldigte eine Defraudation nicht habe verüben können, oder daß eine solche nicht beabsichtigt gewesen sei, eine Strafthat bestehen, und der nurgedachte Nachweis hat nur die Wirkung, daß an die Stelle der ordentlichen Strafe eine blose Ordnungsstrafe tritt. Der Richter hat daher in Fällen des § 136 des Vereinszollgesetzes zunächst lediglich zu prüfen, ob die daselbst bezeichneten, eine Delictsform begründenden Thatsachen als erwiesen anzusehen seien, und, falls er diese Frage bejahet, auf die ordentliche Strafe zu erkennen, wogegen es einer ausdrücklichen Feststellung der Negative der durch den zweiten Abs. des § 137 zugelassenen Gründe der Ausschließung der Defraudationsstrafe nur dann bedarf, wenn der Angeschuldigte dieselben für sich geltend gemacht hat. Vgl.

Löbe, das deutsche Zollstrafrecht, S. 78 no. 1.

Weiter muß es aber auch überhaupt als rechtsirrthümlich bezeichnet werden, daß die nach Obigem unter 2 festgestellte Handlungsweise der beiden Unbekannten dem § 136 Ziffer 5a des Vereinszollgesetzes unterstellt worden ist.

Der Begriff der Zolldefraudation im Allgemeinen wird in § 135 des Vereinszollgesetzes dahin bestimmt, daß derselben sich schuldig macht: „wer es unternimmt, die Ein- und Ausgangsabgaben zu hinterziehen.“ Dagegen wird in § 136 nur eine Reihe von Beispielsfällen aufgeführt, welche weder zur näheren Definirung des Begriffs der Zolldefraudation bestimmt sind, noch alle möglichen Formen derselben erschöpfen sollen. Vielmehr constatirt das Gesetz für alle diese Fälle nur den Vollendungsact, indem in denselben durch ge-

wisse Thatsachen allein, ohne daß es eines weiteren Nachweises bedarf, die Defraudation als vollbracht und jenes Unternehmen, welches § 135 unter Strafe stellt, als nachgewiesen gelten soll, dafern nicht der in § 137 Abs. 2 nachgelassene Gegenbeweis erbracht wird. Vgl.

Löbe a. a. O., S. 47 no. 1.

Die Vorschriften des § 136 haben daher gegenüber dem § 135 nur eine aushülfliche oder eventuelle Bedeutung in dem Sinne, daß sie nicht zur Anwendung gelangen, wenn der Beweis, daß die Defraudation wirklich vollbracht worden, anderweit geführt ist, welchenfalls auch der Gegenbeweis der mangelnden Absicht ausgeschlossen ist. Vgl.

Löbe a. a. O., S. 79 no. 4.

Durch welche Momente aber eine Zolldefraudation außer den Fällen des § 136 zur Vollendung gelangt sei, ist nach den jedesmaligen Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen.

Abgesehen nun von der Frage, ob nicht die Bestimmung in § 136 Ziffer 5a des Vereinszollgesetzes, welche mit den Vorschriften in § 119 des nämlichen Gesetzes in engem Zusammenhange steht, nur dann zur Anwendung gebracht werden könne, wenn zollpflichtige Waaren, ohne daß sie unmittelbar vorher die Zollgrenze passirt haben, innerhalb des Grenzbezirks (vgl. § 16 Abs. 3 des angezogenen Gesetzes) transportirt werden, und daher in der Person des nämlichen Thäters dadurch ausgeschlossen werde, daß vor dem Transport im Grenzbezirke ein defraudatorischer Eingang der zollpflichtigen Waare über die Zollgrenze stattgefunden hat, ist im vorliegenden Falle nach Maßgabe der obigen Feststellung unter 2 weit mehr als erwiesen angesehen worden, als die Voraussetzungen der in § 136 Ziffer 5a bezeichneten Delictsfigur.

Wenn die beiden unbekannten böhmischen Lohnweber die für den Angeklagten R. aus Werften, welche derselbe an sie ausgegeben hatte, angefertigten Stücke buntes baumwollenes Bettzeug ohne Anmeldung bei dem Zollamte von Böhmen nach Sachsen herüber schafften, so haben dieselben schon hierdurch allein sich einer vollendeten Zolldefraudation schuldig gemacht, indem sie durch die beschriebene Handlungsweise Waaren, welche zollpflichtig waren, ohne

Bezahlung des Zolles in das deutsche Zollgebiet thatsächlich einführten. Denn die Verpflichtung zu Entrichtung des Eingangszolls wird begründet, sobald die zollpflichtige Waare in das deutsche Zollgebiet über die Zollgrenze oder Zolllinie, worunter nach § 16 des Vereinszollgesetzes die Landesgrenze gegen das Vereinsausland zu verstehen ist, eingeht, vgl.

Löbe, a. a. O. S. 41,

und ein strafbares Unternehmen, die Eingangsabgabe zu hinterziehen durch Nichterfüllung jener Verpflichtung liegt vor, sobald der Inhaber einer zollpflichtigen Waare (vgl. § 13 des Vereinszollgesetzes) nach Einführung derselben über die Zollgrenze das Eingangszollamt im Inlande, bei welchem die Waare anzumelden und zu verzollen gewesen wäre, unter Nichterfüllung dieser Verpflichtung, ohne sich über das Vorhandensein oder den Ort der Zollstätte in thatsächlichem Irrthum zu befinden, überschreitet. Die Absicht der unbekannten Thäter, den Eingangszoll zu hinterziehen, bedarf unter solchen Umständen keines besonderen Nachweises, da sie in Ermangelung jeglicher Gegenbeweismomente, wie z. B. eines thatsächlichen Irrthums, aus der Beschaffenheit der Handlung ganz von selbst folgt. Insbesondere ist auf die Beurtheilung der Straffälligkeit der unbekannten Urheber der Zolldefraudation auch die Bl. aufgestellte Möglichkeit, daß die gegenwärtig in Frage kommenden vier Stück Bettzeug aus solchen Werften, welche noch während des Veredelungsverkehrs zollfrei nach Böhmen ausgegangen waren, hergestellt worden seien, und sonach auch dieses Bettzeug unter der Voraussetzung der Identificirung mit jenen Werften zollfrei nach Sachsen hätte eingeführt werden dürfen, ohne allen Einfluß. Denn abgesehen davon, daß die thatsächlichen Voraussetzungen, durch welche eine solche Zollfreiheit bedingt sein würde, nicht festgestellt worden sind, ist nach § 4 des Vereinszollgesetzes, mit den Ausnahmen des §§ 111 bis 118, die Zollpflichtigkeit einer aus dem Auslande eingehenden Waare von ihrer etwaigen inländischen Abstammung unabhängig. Hieraus folgt, daß sich einer Defraudation Derjenige schuldig macht, welcher Gegenstände, die zur Verarbeitung, Vervollkommnung oder Reparatur nach dem Auslande gehen und in vervollkommnetem Zustande zurückkommen, unangemeldet und unverzollt einbringt, ohne daß ihm hierzu die Er-

laubniß unter den nach §§ 118 flg. erforderlichen Bedingungen und Controlen ertheilt worden ist. Vgl.

Löbe, a. a. O., S. 38 in no. 4.

Daß aber die beiden unbekannten Thäter die für den zollfreien Wiedereintritt der zur Veredelung in das Ausland ausgeführten Waare in dem Schlußprotocoll zu Artikel 6 des Handelsvertrags zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn vom 16. December 1878 unter lit. A (Reichsgesetzblatt, S. 380 flg.) vorgeschriebenen Bedingungen nicht erfüllt haben, ergiebt sich schon aus der Feststellung, daß sie die Waare ohne Anmeldung bei dem Zollamte von Böhmen nach Sachsen herübergeschafft haben.

Indessen wird durch alles dieses an der Beurtheilung der Straffälligkeit der verehel. J. und R.'s in ihrer Beziehung zur Hauptthat etwas nicht geändert. Die letztere würde, auch wenn sie von der vorigen Instanz nach richtigen Grundsätzen beurtheilt worden wäre, doch als bereits vollendet zu dem Zeitpunkte angesehen werden müssen, wo nach Maßgabe der obigen Feststellung unter 3 die Mitwirkung der verehel. J. hinzutrat. Diese Mitwirkung kommt daher in ihrem Verhältniß zu dem Hauptdelicte nur aus dem Gesichtspunkte einer Begünstigungshandlung in Betracht, welche jedoch, da nach § 257 des Strafgesetzbuchs nur die Begünstigung eines Verbrechens oder Vergehens strafbar ist, und das Hauptdelict mit Rücksicht darauf, daß die Zolldefraudationsstrafe nach Bl. verbunden mit Bl. im gegebenen Falle den Betrag von 150 Mark nicht übersteigen würde, nur als Uebertretung sich darstellt, straflos sein würde. Hieraus würde sich aber auch die Straflosigkeit der nach Obigem unter 1 festgestellten Handlungsweise R.'s, wenn man dieselbe als Anstiftung zur Begünstigung beurtheilt, ergeben, da die Strafbarkeit der Anstiftung nach § 49 des Strafgesetzbuchs voraussetzt, daß in Folge derselben der Angestiftete eine strafbare Handlung begangen habe.

Anders dagegen gestaltet sich die Sachlage, wenn man die in der vorigen Instanz gegen die verehel. J. und R. festgestellte Handlungsweise einer selbständigen, strafrechtlichen Beurtheilung unterwirft.

Hat nämlich die verehel. J., wie festgestellt worden ist, die ihr von den nicht ermittelten böhmischen Lohnwebern überbrachte Webewaare, nachdem sie dieselbe in ihrer Behausung angenommen, in die

Behausung R.'s geschafft und diesem übergeben, so unterlag dieser Transport einer zollpflichtigen Waare aus der Wohnung der verehel. J. in die Wohnung R.'s — vorausgesetzt, daß die zwischen beiden Wohnungen gelegene Wegstrecke, wie es mit Rücksicht auf die Bl. gegebene Beschreibung der Lage beider Wohnungen den Anschein gewinnt, einen Theil des Grenzbezirks, d. i. des zunächst innerhalb der Zolllinie belegenen und bis zur Binnenlinie reichenden Raumes (vgl. § 16 Abs. 3 des Vereinszollgesetzes) bildet — der in § 119 verbunden mit § 123 unter a des nurangezogenen Gesetzes vorgeschriebenen Transportcontrole. Da die verehel. J., wie gleichfalls festgestellt ist, als sie die Waare aus ihrer Wohnung in diejenige R.'s schaffte, wußte, nicht blos daß der Veredelungsverkehr aufgehoben war, sondern auch, daß diejenigen, welche ihr das Bettzeug überbracht, dasselbe ohne Anmeldung bei dem Zollamte von Böhmen nach Sachsen herübergeschafft hatten, und da sie daher die Zollpflichtigkeit der Waare erkennen mußte, so hatte sie sich, um den Transport einer zollpflichtigen Waare im Grenzbezirke ausführen zu dürfen, nach Maßgabe der angezogenen gesetzlichen Bestimmungen, vor Allem in dasjenige Grenzzollamt, bei welchem die Waare bei dem Eingange aus dem Auslande anzumelden gewesen wäre, zu begeben und daselbst den in § 119 Abs. 1 des Vereinszollgesetzes vorgeschriebenen Legitimationsschein zu lösen. Hat sie solches unterlassen, so fällt ihr zur Last, daß sie beim Transport zollpflichtiger Gegenstände im Grenzbezirke die Zollstätte, bei welcher dieselben bei dem Eingange hätten angemeldet werden sollen, ohne solche Anmeldung überschritten oder umgangen hat, demnach eine Handlungsweise, welche nach § 136 unter 5a verbunden mit § 137 Abs. 1 des Vereinszollgesetzes die Annahme einer vollbrachten Zolldefraudation begründet und Mangels des in § 137 Abs. 2 nachgelassenen Gegenbeweises die Strafe der Zolldefraudation nach sich zieht.

Anlangend aber das Verhältniß R.'s zu der strafbaren Handlung, welche unter den vorerwähnten Voraussetzungen von der verehel. J. verübt worden sein würde, so wird durch die bereits vorhandenen Feststellungen der vorigen Instanz die Annahme nahe gelegt, daß er die verehel. J. zu jener Handlung angestiftet habe. Denn obwohl nach der Feststellung unter 1 Bl. die kurz nach Beendigung des

Veredelungsverkehrs von Seiten R.'s an die verehel. J. gerichtete Aufforderung dahin ging, von böhmischen Lohnwebern Werften, welche er an dieselben zur Verarbeitung ausgegeben hatte, beziehentlich das daraus gearbeitete Bettzeug, für ihn einzusammeln, so wird doch in der Feststellung unter 3 Bl. das Schaffen der Waare aus der Behausung der verehel. J. in diejenige R.'s als eine Folge der vorausgegangenen, oberwähnten Aufforderung R.'s bezeichnet. Hat auch ferner die vorige Instanz nach Bl. in den von ihr getroffenen Feststellungen einen bestimmten Anhalt dafür vermißt, daß die ohne Anmeldung erfolgte Einführung des Bettzeugs überhaupt mit Wissen R.'s geschehen sei, so steht doch dieser Ausspruch mit der Feststellung Bl., R. habe davon, daß der Veredelungsverkehr mit dem 15. Februar 1880 außer Kraft getreten sei, Kenntniß gehabt, — mit der weiteren Beweisannahme Bl., daß R. die dort erwähnte Aeußerung gegen den Grenzaufseher D. mit Bezug auf die Einbringung und Ablieferung des Bettzeugs (welches den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet) gethan habe, — sowie mit der Beweisannahme Bl., daß R. die verehel. J. zu der Handlungsweise unter 3, bei deren Beschreibung das Merkmal der Wissentlichkeit ausdrücklich hervorgehoben wird, durch das Mittel der Aufforderung vorsätzlich bestimmt habe, in offenbarem Widerspruche.

Theils diese Unklarheiten und Widersprüche in den gegen R. gerichteten Feststellungen, theils die Lücken der Feststellungen, welche nach der Richtung vorliegen, ob die Strecke zwischen den Wohnungen der verehel. J. und R.'s einen Theil des Grenzbezirks bilde, und ob eventuell die verehel. J. bei dem Transport einer zollpflichtigen Waare im Grenzbezirke den solchenfalls vorgeschriebenen Controlmaßregeln genügt habe, obwohl, hierüber Feststellungen zu treffen, nach dem Stande der Sache dringender Anlaß geboten war, lassen die erfolgte Freisprechung beider Angeklagten zur Zeit noch nicht gerechtfertigt erscheinen, sondern mußten die Aufhebung des angefochtenen Urtheils zu dem Zwecke nach sich ziehen, um durch anderweite Verhandlung erschöpfende thatsächliche Unterlagen zu gewinnen, welche es ermöglichen, darüber schlüssig zu werden, ob die verehel. J. einer nach § 136 unter 5a des Vereinszollgesetzes zu beurtheilenden selb-

ständigen Zolldefraudation, und R. der Anstiftung hierzu sich schuldig gemacht habe.

Der von Seiten des Vertreters des Hauptsteueramts B. gegen das angefochtene Urtheil erhobene Einwand, daß, wenn auch die Urheber der durch unverzollte Einführung der Waare über die Zollgrenze verübten Zolldefraudation nicht hätten zur Verantwortung gezogen werden können, doch nach §§ 135 und 154 des Vereinszollgesetzes auf Confiscation der Webewaaren, in Bezug auf welche das Vergehen verübt worden, hätte erkannt werden sollen, konnte nicht für begründet erachtet werden. Denn nach § 135 des angezogenen Gesetzes bildet die Confiscation der Gegenstände, in Bezug auf welche eine Defraudation verübt worden ist, eine Nebenstrafe der Zolldefraudation und kann daher nur gegen den Defraudanten selbst verhängt werden. Aus der Bestimmung in § 154, wonach der in Folge einer Defraudation eintretende Verlust der Gegenstände des Vergehens jederzeit den Eigenthümer trifft, folgt keineswegs, daß die Confiscation von dem Richter ausgesprochen werden dürfe, sobald nur der objective Thatbestand einer Zolldefraudation festgestellt worden ist, sollte auch der Urheber derselben nicht ermittelt oder aus processualen Gründen nicht zur Verantwortung gezogen werden können. Vielmehr besagt die Vorschrift des § 154 nur soviel, daß bei dem Erkennen auf Confiscation Nichts darauf ankomme, ob die Gegenstände der Zolldefraudation dem Defraudanten eigenthümlich gehören oder nicht, während die Confiscationsstrafe selbst immer nur aus der Person des Urhebers der Zolldefraudation ihren Ausgang nehmen kann.

Materielles Strafrecht.

1.

Beihülfe durch Rath. (§ 49 des StGB.'s.)

Beschluß des OLG.'s vom 4. Januar 1882 zu no. 594 V. A./1881.

In Erwägung, daß

1. Carl Moritz M. und
2. Friederike Ernestine verehel. B.

nach der Aussage des Verletzten G. Bl. verbunden mit der Aussage L.'s Bl. hinreichend verdächtig erscheinen, den Hauptangeklagten Carl August B., Gustav Moritz B. und Friedrich August B., während dieselben, wie beanzeigt ist, den genannten G. am 30. Juli 1881 in der Hausflur der B.'schen Restauration zu C. durch Würgen am Halse und Schlagen auf den Kopf in Gemeinschaft vorsätzlich mißhandelten, aus unmittelbarer Nähe zugerufen zu haben: „Immer schlagt das schwarze Luder todt" und: „Schlagt das Luder vollends todt,"

daß diese Handlungsweise die Merkmale der wissentlichen Beihülfe durch Rath zu der, den drei Mitangeklagten B. beigemessenen vorsätzlichen gefährlichen Körperverletzung im Sinne von § 223 und 223a verbunden mit § 49 des StGB.'s an sich trägt,

daß nämlich unter derjenigen Form der Beihülfe zu einer strafbaren Handlung, welche in § 49 des StGB.'s als Hülfeleisten durch „Rath" bezeichnet wird, überhaupt die geistige Einwirkung des Gehülfen auf den Thäter zum Zweck der Begehung der von Letzterem beschlossenen Strafthat begriffen ist,

daß daher das Hülfeleisten durch Rath nicht auf die Belehrung und Anleitung des Thäters zur Ausführung sich beschränkt, sondern auch darin bestehen kann, daß der Thäter, welcher sich schon selbst zur That bestimmt hatte, in seinem Beschlusse bestärkt wird,

demgemäß aber der als Beihülfe sich kennzeichnende Rathschlag insbesondere auch durch einen ermunternden Zuruf an den zur Ausführung schreitenden oder in derselben begriffenen Thäter erfolgen kann, vgl.

v. Schwarze, Commentar zum StGB. ed IV. S. 140,

Derselbe, in der allgem. Gerichtszeitung, 22. Bd. (1878) S. 200 unter V. „Beihülfe durch Rath und That",

Otto, Aphorismen zu dem allgemeinen Theile des StGB.'s, S. 90 nr. 10,

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. S. 198 unter 6,

Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. S. 230 nota 8,

Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis ꝛc., N. F. VI. Bd., S. 150 no. 102,

Annalen des OLG.'s zu Dresden, I. Bd. S. 152 unter no. 13, (Entscheidung des vorm. K. S. OAG.'s),

und daß eine solche Bestärkung der Thäter in ihrem Entschlusse mittels der obgedachten Zurufe genugsam beanzeigt ist, indem es den Anschein gewinnt, daß dieselben in der Absicht gethan wurden, die Thäter zur Fortsetzung ihres strafbaren Handelns zu ermuntern, und ihrer Wirkung nach in den Thätern das Gefühl der Sicherheit bei der Ausführung erhöhten, sowie die Hoffnung auf Beistand im Nothfalle erweckten:

wird nach Anhörung der Staatsanwaltschaft der Beschluß der Strafkammer des LG.'s Ch. Bl., insoweit durch denselben die ebendaselbst beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens gegen M. und die verehel. B. wegen Beihülfe zu vorsätzlicher Körperverletzung abgelehnt worden ist, in Beachtung der dagegen von der Staatsanwaltschaft Bl. erhobenen sofortigen Beschwerde aufgehoben und zugleich in Betracht, daß aus dem Zusammenhange des angefochtenen Beschlusses die eventuelle Bereitwilligkeit der Strafkammer zur Ueberweisung der Sache an das Schöffengericht auch nach dieser Richtung erkennbar wird, unter Aufnahme der insoweit bereits vorliegenden Entschließung der Strafkammer in die diesseitige Entscheidung, vgl.

angez. **Annalen**, I. Bd. S. 391 unter Ziffer 4,

dahin entschieden:

daß das Hauptverfahren auch gegen M. und die verehel. B. wegen Beihülfe zu vorsätzlicher, von Mehreren gemeinschaftlich begangener Körperverletzung nach §§ 223, 223a und 49 des StGB.'s zu eröffnen ist und die Hauptverhandlung auch gegen die zuletzt genannten Angeklagten in Verbindung mit der nach Maßgabe des nicht angefochtenen Theils des obigen Beschlusses der Strafkammer gegen die mehrgenannten drei Mitangeklagten B. abzuhaltenden Hauptverhandlung vor dem Schöffengericht zu Sch. stattzufinden hat.

2.

Negative Beihülfe. (§ 49 des StGB.'s.)

Urtheil des OLG.'s vom 12. April 1882 no. 23 V. B.

Nach den Feststellungen der vorigen Instanz ist der Angeklagte seit dem Monat August 1880 bei dem Bäckermeister M. in L. als

Gesell in Arbeit getreten und hat bei demselben auftragsgemäß die Geschäfte eines Werkmeisters geführt. Als solcher war er verpflichtet, die Lehrlinge seines Meisters zu beaufsichtigen und im Falle widerrechtlichen Handelns derselben dem Meister davon Mittheilung zu machen. Auch während der Geschäftsführung des Angeklagten haben die genannten Lehrlinge die schon vorher begonnenen Diebstähle an Bäckerwaare fortgesetzt. Der Angeklagte hat von diesem Treiben der Lehrlinge Kenntniß erlangt. Gleichwohl hat er unterlassen, dem Meister von dem widerrechtlichen Gebahren der Lehrlinge Anzeige zu machen und hierdurch die ihm als aufsichtführenden Werkmeister obliegende Pflicht verletzt. Die vorige Instanz verkennt selbst nicht, daß, wenn ein Werkführer widerrechtliches Handeln der ihm untergebenen Lehrlinge seinem Meister verschweige, hierin, sofern Letztere im Falle einer Anzeige dieses Treiben factisch nicht fortsetzen könnten, eine gewisse, die Ausführung des strafbaren Handelns unterstützende negative Hülfeleistung unter Umständen gefunden werden könne, lehnt aber gleichwohl die Annahme einer negativen Beihülfe ab, weil nicht erwiesen sei, weder daß der Angeklagte den Lehrlingen die Zusage, ihre Diebstähle dem Meister nicht anzuzeigen, ausdrücklich im Voraus gegeben, noch auch, daß die Lehrlinge in dem Verhalten des Angeklagten eine solche, wenn auch nur stillschweigende Zusage erblickt haben. Dabei ist die vorige Instanz nach Bl. von der Rechtsansicht ausgegangen, daß die bewußte Unterlassung der Anzeige einer von einem Andern beabsichtigten Strafthat als strafbare Beihülfe im Sinne von § 49 des StGB.'s sich nur dann qualificiren könne, wenn sie vorher dem Thäter zugesagt worden sei. Dieser Satz ist in solcher Allgemeinheit rechtsirrthümlich. Vielmehr ist zu unterscheiden, ob auf Seiten Dessen, welcher die Anzeige unterließ, eine in besonderen Verhältnissen begründete Verpflichtung zur Anzeige vorlag, oder nicht. Eine allgemeine Denunciationspflicht betreffs der von Anderen beabsichtigten strafbaren Handlungen besteht, abgesehen von den Fällen des § 139 des StGB.'s, allerdings nicht, und aus diesem Gesichtspunkte ist es richtig, daß die blose Nichtanzeige den Charakter einer Beihülfe nur dann annehmen könne, wenn sie im Voraus zugesagt wurde. Wo aber, wie im vorliegenden Falle, in den besonderen Verhältnissen Dessen, welcher die Anzeige unterließ, eine Verpflichtung

zur Anzeige begründet war, da kann das Unterlassen der Anzeige auch ohne vorherige Zusage zur Beihülfe sich gestalten, wenn es einerseits auf den Thäter unterstützend eingewirkt hat, und andererseits in der Absicht solcher Unterstützung erfolgt ist. In diesen Beziehungen sind aber die Feststellungen der vorigen Instanz theils unvollständig, theils widersprechend, — unvollständig insofern, als Bl. zwar anerkannt wird, daß das Verhalten des Angeklagten gegenüber der diebischen Thätigkeit der Lehrlinge in Letzteren die Ueberzeugung habe begründen können, daß sie Seiten des Angeklagten keine Anzeige ihres widerrechtlichen Beginnens zu erwarten hätten, jedoch ein bestimmter Ausspruch darüber fehlt, ob diese Ueberzeugung in den Lehrlingen wirklich begründet worden sei, und sie darin für die Fortsetzung ihrer strafbaren Thätigkeit Schutz und Sicherheit gefunden haben. Andererseits betrachtet zwar die vorige Instanz Bl. als erwiesen, daß der Angeklagte seinem Arbeitgeber gegenüber sich nur deshalb negativ verhalten habe, weil er fortgesetzt von dem Erlöse aus dem Verkaufe der gestohlenen Semmeln einen Theil für sich habe in Anspruch nehmen wollen, nicht aber auch um damit das strafbare Handeln der Lehrlinge zu unterstützen. Hierin liegt jedoch ein innerer Widerspruch, da der Angeklagte seinen eigenen Vortheil in der angegebenen Weise nicht wahrnehmen konnte, ohne zugleich den Thätern durch pflichtwidrige Unterlassung der Anzeige seine Unterstützung angedeihen zu lassen.

Wenn ferner die Berufungsinstanz das Verhalten des Angeklagten den mehrgenannten Lehrlingen gegenüber Bl. dahin charakterisirt, daß er unterlassen habe, gegen das strafbare Handeln der ihm untergebenen Lehrlinge einzuschreiten, vielmehr solches habe geschehen lassen, so liegt hierin zugleich ausgesprochen, daß er jenes strafbare Handeln nicht verhindert habe. In der wissentlichen Nichtverhinderung der von einem Andern beabsichtigten strafbaren Handlung kann aber, vorausgesetzt, daß auf Seiten des nicht Verhindernden eine Pflicht zu thätigem Einschreiten bestand, eine Hülfeleistung durch That zu Begehung der nicht verhinderten strafbaren Handlung ebenfalls gefunden werden, wenn sein passives Verhalten das Zustandekommen der Strafthat gefördert und diesen Zweck verfolgt hat. Gleichwohl hat die vorige Instanz aus dem zuletzt erwähnten Gesichtspunkte die Frage

der Strafbarkeit des Angeklagten wegen Beihülfe zu den von den Lehrlingen begangenen Diebstählen überhaupt nicht gewürdigt. Die erkannte Freisprechung konnte daher, soweit sie auf letztere Anklage sich bezieht, auch deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil die vorige Instanz Feststellungen zu treffen unterlassen hat, welche nach Lage der Sache geboten waren.

3.

Vorsätzlichkeit des Handelns und Mangel ruhiger Erwägung schließen sich einander nicht aus. Nichtannahme mildernder Umstände inwiefern Revisionsgrund?

Urtheil des OLG.'s v. 24. Mai 1882 no. 35 V. B.

In dem angefochtenen Urtheile ist festgestellt, daß der Angeklagte durch die beiden Bl. des Nähern beschriebenen Schläge mit dem Stuhl den Nebenkläger H. vorsätzlich an der Gesundheit beschädigt hat, und ebendaselbst ist Bl. gleichzeitig constatirt worden, daß bei dem Angeklagten, als er in der solchergestalt festgestellten Weise schlug, eine ruhige Erwägung seiner Handlungsweise ausgeschlossen gewesen ist.

Diese Feststellung eines Nebeneinanderbestandes vorsätzlicher Handlungsweise und Mangels ruhiger Erwägung macht der Beschwerdeführer zufolge Bl. in erster Linie zum Gegenstand seines Revisionsangriffs. Das Berufungsurtheil soll hiernach insofern auf einer Gesetzesverletzung beruhen, als es zur Verurtheilung des Angeklagten durch Verletzung der angeblichen Rechtsnorm gelangt wäre, daß die eine der obgedachten Beweisannahmen die andere, nämlich der Mangel ruhiger Erwägung den strafbaren Vorsatz grundsätzlich ausschließe.

Dieser Revisionsangriff ist verfehlt, da die Rechtsnorm, welche verletzt worden sein soll, nicht existirt. Vorsätzlichkeit des Handelns und Mangel ruhiger Erwägung schließen sich nämlich keineswegs, wie Remedent vermeint, einander aus. Der Beschwerdeführer verwechselt bei Aufstellung seines diesfallsigen Gravamens offenbar die vorsätzliche Handlungsweise überhaupt mit der Prämeditation, dem vorsätzlichen Handeln mit Vorbedacht oder Ueberlegung. Letzteres würde allerdings selbstverständlich mit dem Mangel ruhiger Erwägung unvereinbar sein, ist aber im vorliegenden Fall auch nicht festgestellt.

Die Prämeditation ist jedoch in alle Wege nicht identisch mit dem Begriff des strafrechtlichen Vorsatzes selbst, vielmehr nur eine Unterart desselben, während der Vorsatz mit hinzugetretenem Affect, der Affectwille, eine andere Unterart bildet. Die letztere, ihren Voraussetzungen nach zweifelsohne hier festgestellte Art des Vorsatzes ist, wie sich aus der Natur der Sache ergiebt, nicht nur völlig vereinbar mit dem Mangel ruhiger Erwägung, sondern eben gerade in den meisten Fällen dadurch bedingt und so lange möglich, als bei dem Thäter noch freie Willensbestimmung vorhanden ist. Der Vorsatz wird in Fällen dieser Art durch den Affect abgeschwächt, aber nicht aufgehoben; letzteres geschieht vielmehr erst durch den Eintritt eines der in § 51 des StGB.'s bezeichneten Geisteszustände, welche die freie Willensbestimmung ausschließen.

Diese Grundsätze der Rechtswissenschaft haben im Reichs-StGB. ihren gesetzlichen Ausdruck beispielsweise dadurch gefunden, daß in § 212 desselben die vorsätzliche nicht mit Ueberlegung ausgeführte Tödtung eines Menschen im Gegensatz zu der im vorausgehenden § 211 gedachten vorsätzlichen, mit Ueberlegung ausgeführten Tödtung bedroht wird.

Nach alledem muß die Behauptung des Remedenten Bl., daß ein strafbarer Vorsatz nur bei ruhiger Erwägung vorhanden sein könne, als durchaus rechtsirrthümlich bezeichnet werden.

Wenn Remedent an derselben Actenstelle noch weiter zu Begründung seines Rechtsmittels geltend macht, daß bei dem festgestellten Mangel ruhiger Erwägung die Verurtheilung ohne gleichzeitige Annahme mildernder Umstände unzutreffend sei, und wenn derselbe hiermit den Ausspruch des Berufungsgerichts Bl., wonach dem Verlangen des Angeklagten um Annahme mildernder Umstände nicht stattgegeben worden ist, zur Beschwerde zu ziehen gewillt scheint, so ist darauf hinzuweisen, daß die unterlassene Annahme mildernder Umstände in Hinblick auf § 376 der StPO. in der Revisionsinstanz als Verletzung einer Rechtsnorm nur in denjenigen Ausnahmefällen in Betracht kommen kann, wo, wie z. B. in § 213 des Reichs-StGB.'s, gesetzliche Vorschriften darüber gegeben sind, was als mildernder Umstand anzusehen sei, das Vorhandensein solcher Thatumstände aber, ebenso wie in allen andern Fällen die Frage, ob mildernde Umstände anzunehmen

gewesen seien, überhaupt dem Gebiet des thatsächlichen Beweises angehört.

Ein Ausnahmefall der obgedachten Art liegt hier nicht vor, da in dem maßgebenden § 228 des StGB.'s nicht vorgeschrieben ist, welche Umstände als mildernd betrachtet werden sollen. Ebensowenig konnte man zu der Ansicht gelangen, daß die Vorderrichter bei den Erwägungen, welche sie zur Verneinung mildernder Umstände geführt, rechtlich geirrt haben.

4.

Widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts. (§ 175 des StGB.'s.)

Beschluß des OLG.'s vom 27. März 1882 no. 130 V. A.

Da, wenn auch die Wortfassung des § 175 des StGB.'s keinen genügenden Anhalt dafür bietet, die daselbst mit Strafe bedrohte widernatürliche Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts auf gewisse Formen der Unzucht zu beschränken, doch für eine engere Auslegung des gedachten Strafgesetzes theils auf die Motive, welche S. 100 und 101 die Bedeutung des angezogenen, dem § 143 des preußischen StGB.'s fast wörtlich nachgebildeten Paragraphen dahin bestimmen, daß derselbe die auf Sodomie und Päderastie im preußischen Strafgesetzbuche angedrohte Strafe aufrecht erhalte, und dadurch zu erkennen geben, daß es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, den durch die preußische Judicatur, vgl. namentlich

Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals, III. Bd. S. 388, VIII. Bd. S. 356,

im Sinne einer, auf widernatürliche immissio seminis in einen lebenden Körper abzielenden Handlung festgestellten Begriff der widernatürlichen Unzucht zwischen Personen männlichen Geschlechts zu erweitern, theils darauf Bezug genommen werden kann, daß mit dem in § 175 des Reichs-StGB.'s gebrauchten Ausdruck: „Unzucht" ein engerer Begriff verbunden werde, als mit den in §§ 174, 176 und 183 erwähnten: „unzüchtigen Handlungen", vgl. namentlich

Rüdorff, StGB. Bem. 2 zu § 175,

in dessen Allen Betracht aber das OLG. der bereits früherhin von den obersten Gerichtshöfen Preußens, Württembergs und Badens, vgl.

Goltdammer's Archiv, Bd. XXV. S. 329, 529 und
Stenglein's Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft, N. F. Bd. VII. S. 71, Bd. VIII. S. 130, 131,

sowie neuerdings insbesondere auch von dem Reichsgericht, vgl.

Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, I. Bd. S. 652, 662, II. Bd. S. 220,

angenommenen Auslegung des § 175 des StGB.'s, daß zum Thatbestande des daselbst bezeichneten Vergehens, soweit es zwischen Personen männlichen Geschlechts verübt wird, eine auf Befriedigung des Geschlechtstriebs hinzielende „beischlafsähnliche Handlung" zu erfordern sei, vor der gegentheiligen, unter Anderem auch von dem vormaligen k. sächs. Oberappellationsgericht, vgl.

Annalen dieses Gerichtshofs, 2. Folge III. Bd. S. 108 no. 19,
Allgem. sächs. Gerichtszeitung, Jahrg. 1875 S. 304, Jahrg. 1876 S. 21, Jahrg. 1877 S. 43,

und dem obersten Gerichtshofe Bayerns, vgl.

Stenglein's angez. Zeitschrift, N. F. IV. Bd. S. 136,

befolgten Meinung, daß der Thatbestand des in Rede stehenden Delicts überall da gedeckt werde, wo mehrere Personen männlichen Geschlechts an einander unzüchtige Handlungen zu dem Zwecke vornehmen, um durch selbige den Geschlechtstrieb des einen oder andern Betheiligten zu befriedigen oder mindestens zu erregen, den Vorzug zu geben hat, darin aber, daß die in der Anklageschrift Bl. beschriebenen, den Bl. benannten vier Angeschuldigten beigemessenen Handlungen einen beischlafsähnlichen Charakter an sich tragen, den Bl. zu lesenden Ausführungen der Staatsanwaltschaft nicht beigepflichtet werden kann:

so wird die von der Staatsanwaltschaft gegen den Bl. ersichtlichen Beschluß der Strafkammer, wodurch die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Vergehens gegen § 175 des StGB. abgelehnt worden ist, Bl. erhobene sofortige Beschwerde als unbegründet verworfen.

5.

Kann Derjenige, welcher sich durch einen Andern Frauenspersonen zur Verübung eigener Unzucht mit denselben

zuführen läßt, wenn er den Andern hierzu durch Anstiftungsmittel vorsätzlich bestimmt hat, wegen Anstiftung zur Kuppelei bestraft werden? (§ 180 verb. mit § 48 des StGB.'s.)

Beschluß des OLG.'s vom 15. Februar 1882 zu no. 63 V. A.

Während gegen N. auf Grund des wider ihn vorliegenden Verdachts, daß er im Laufe der Jahre 1880 und 1881 wiederholt dem St. gegen jedesmalige Bezahlung von 50 Pf. bis 1 Mark und Verabreichung von einigen Glas Bier Frauenspersonen zur Vollziehung des außerehelichen Beischlafs mit denselben zugeführt und somit gewohnheitsmäßig und aus Eigennutz der Unzucht Vorschub geleistet habe, die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Kuppelei nach § 180 des StGB.'s beschlossen worden ist, hat die Strafkammer in Ansehung des genannten St., welchem beigemessen wird, daß er den Angeklagten N. zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung vorsätzlich bestimmt, indem er denselben wiederholt mündlich und schriftlich aufgefordert habe, ihm gegen entsprechende Belohnung Frauenspersonen zur Vollziehung des Beischlafs mit denselben zu verschaffen, die deshalb von der Staatsanwaltschaft beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens wegen Anstiftung zur Kuppelei nach § 180 verbunden mit § 48 des StGB.'s abgelehnt.

Die hiergegen von der Staatsanwaltschaft erhobene sofortige Beschwerde, welche im Wesentlichen auf die in den

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, IV. Bd. S. 252 flg.,

mitgetheilte Entscheidung gestützt wird, konnte nicht für begründet erachtet werden.

Es ist zwar anzuerkennen, daß die in § 180 des StGB.'s bedrohte einfache Kuppelei ein selbständiges Delict mit in sich abgeschlossenem Thatbestande bildet, welches mit der Handlung des Vorschubleistens der Unzucht vollendet wird, und daß auf dieses Vergehen die allgemeinen Grundsätze des StGB.'s über Theilnahme an einer strafbaren Handlung Anwendung leiden. Allein hieraus folgt nicht, daß Derjenige, welcher einen Andern bestimmt, seiner, des Bestimmenden, eigenen Unzucht Vorschub zu leisten, wenn nun der Andere, indem er Vorschub leistet, eine strafbare Kuppelei begeht, wegen An-

stiftung zur Kuppelei zur Verantwortung gezogen werden müsse. Will man auf diesen Fall die allgemeinen Grundsätze über Theilnahme an strafbaren Handlungen zur Anwendung bringen, so würde sich die zu dem Acte der Anstiftung hinzutretende weitere Thätigkeit des Anstifters in eine den Begriff der Anstiftung ausschließende nothwendige Theilnahme an der Handlung des Angestifteten verwandeln, indem die, den Thatbestand der einfachen Kuppelei abschließende Handlung der Vorschubleistung in dem vorausgesetzten Falle nicht dadurch, daß der Angestiftete eine Frauensperson zu unzüchtigen Zwecken überhaupt einer beliebigen andern männlichen Person, sondern dadurch, daß er sie dem Anstiftenden selbst zuführt, vollendet wird, was ohne Mitwirkung des Letzteren nicht geschehen kann.

Hiernächst wird aber auch in dem fraglichen Falle in der Person des Auffordernden der zum Begriffe der Anstiftung erforderliche rechtswidrige Vorsatz nicht erfüllt. Der Wille des Anstifters muß die strafbare Handlung des Angestifteten mit allen ihren gesetzlichen Merkmalen umfassen. Allein in dem vorausgesetzten Falle trifft der Wille des Anstifters mit demjenigen des Angestifteten in einem wesentlichen Punkte nicht überein. Denn das Wesen des in § 180 des StGB.'s bezeichneten Vergehens besteht in der Beförderung fremder Unzucht, d. h. aus dem Standpunkte des Thäters, der Unzucht eines Andern mit einer Andern. Derjenige aber, welcher sich durch einen Dritten, den er vorsätzlich hierzu bestimmt hat, Frauenspersonen zur Befriedigung seiner eigenen Geschlechtslust zuführen läßt, benutzt den Vermittler nur als Werkzeug für den Zweck eigener Unzucht; sein Wille ist nicht darauf gerichtet, gemeiner Unzucht Vorschub zu leisten, sondern nur darauf, daß ihm selbst Gelegenheit zu eigenem Wollustgenusse verschafft werde; er will nicht die Zuführung von Frauenspersonen zur Beförderung fremder Unzucht, sondern nur zu dem Zwecke, damit er selbst mit denselben Unzucht verüben könne, und wenn schon er sich hierbei dessen bewußt sein muß, daß die von ihm zu Uebernahme der Vermittelung geneigt gemachte Mittelsperson aus ihrem Standpunkte fremder Unzucht Vorschub leiste, so bildet doch die Verfolgung des eigenen Zwecks das vorherrschende Willensmoment.

Civilprozeß.

8.

Die in § 20 der Geb.-O. für Rechtsanwälte bestimmte Gebühr kommt nur dem Rechtsanwalte zu, dessen Thätigkeit sich ausschließlich auf die in § 26 Nr. 1 bis 10 bezeichneten Gegenstände beschränkt hat.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 13. April 1882 no. 105 I. C. 1882.

In Sachen L. M. in P., Klägers, wider den Kaufmann W. S. in E., Beklagten, hat die gegen den Bl. der Acten ersichtlichen Kostenfestsetzungsbeschluß des Landgerichts zu L., soweit durch denselben die vom Rechtsanwalt des Beklagten auf Grund § 20 der Geb.-O. für Rechtsanw. für das die Aufnahme des Rechtsstreites betreffende Verfahren angesetzte Gebühr gestrichen worden ist, vom Beklagten rechtzeitig eingewendete sofortige Beschwerde für begründet nicht anerkannt werden können.

Durch die §§ 25, 26, 29 gedachter Geb.-O. ist nach den Motiven zu derselben (S. 45) der Grundgedanke des von dem Gesetzgeber angenommenen Bauschgebührensystems dahin zum Ausdrucke gebracht worden, daß die in § 13 dieser Geb.-O. vorgeschriebenen Gebührensätze die gesammte Thätigkeit des Rechtsanwalts bis zur Beendigung der Instanz umfassen sollen und daß der Letztere jeden dieser Gebührensätze in jeder Instanz rücksichtlich eines jeden Theiles des Streitobjects nur einmal beanspruchen kann,

vgl. Wengler's Archiv, Jahrg. 1882 S. 114 und
Meyer, die Geb.-O. für Rechtsanw. S. 47.

Diesem Grundsatze unterliegt auch die Bestimmung in § 20 der bezeichneten Geb.-O. Das von dieser Bestimmung lt. § 26 no. 4 des GKG. mit betroffene Verfahren betreffs der Aufnahme eines unterbrochenen Rechtsstreites bildet einen Theil der Instanz im Sinne der §§ 26, 29 jener Geb.-O., da dasselbe vor deren Beendigung stattgefunden hat und zu der in § 30 ib. gedachten Ausnahme nicht gehört. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß die Bestimmung in § 20 cit. leg. nur auf einen Rechtsanwalt sich bezieht und beziehen soll, dessen Thätigkeit in der Instanz sich „ausschließlich" auf die dort gedachten Gegenstände beschränkt hat und für welche

deshalb ihm eine besondere Gebühr zukommen soll. Hiermit steht auch Dasjenige im Einklange, was Beklagter Bl. über die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung der Geb.-O. bemerkt, da die Streichung der im Entwurfe enthaltenen Worte: der „zum Prozeßbevollmächtigten bestellte" Rechtsanwalt, lediglich erfolgt ist, um die Annahme auszuschließen, daß ein nicht zum Prozeßbevollmächtigten bestellter Rechtsanwalt überhaupt diese Gebühr nicht solle fordern dürfen,

vgl. auch Meyer a. a. O. S. 40 not. 3 zu § 20.

Die Thätigkeit des im vorliegenden Falle in Betracht kommenden Rechtsanwalts des Beklagten hat sich aber auf jenes Incidentverfahren über die Aufnahme des Prozesses nicht ausschließlich beschränkt, hat vielmehr den gesammten Rechtsstreit in der Instanz umfaßt; es ist deshalb von ihm sowohl die Prozeß-, als die Verhandlungs- und Beweisgebühr in Ansatz gebracht worden und kann er folglich für die Vertretung des Beklagten in jenem Incidentverfahren nach § 29 und 25 der Geb.-O. nicht noch die weitere in § 20 bemerkte Gebühr fordern.

Die eingewendete Beschwerde wird daher als unbegründet zurückgewiesen.

9.

Arrest wegen bedingter Forderungen; § 796 der CPO., §§ 108, 871 des BGB. — Präsentation und Protesterhebung ist nicht aufschiebende Bedingung für die Wechselregreßforderung; D. WO. Art. 8, 10, 14, 29, 41 flg., 54, 99.

Urtheil des OLG.'s (VII. Sen.) vom 20. Mai 1882 no. 2 1882 O. VII.

Gründe:

Wenn auch im zweiten Absatze von § 796 der CPO. nur die Zulässigkeit des Arrestes zur Sicherung betagter Ansprüche anerkannt wird, der bedingten Ansprüche aber keine Erwähnung geschehen ist, so läßt sich doch hieraus nicht die Folgerung herleiten, daß, im Gegensatze zu den betagten Ansprüchen, bei bedingten Forderungen die Zulässigkeit des Arrests schlechthin habe versagt werden sollen. Resolutiv bedingte Ansprüche stehen vielmehr ihrer Natur nach in dieser Beziehung überhaupt den unbedingten gleich,

zugleich aber geben auch die Motive zu jenem Paragraphen — vergl. Hahn's Materialien zur CPO., 1. Abth. S. 471 — an die Hand, daß bei suspensiv bedingten Ansprüchen der Arrest weder allgemein zugelassen, noch gänzlich ausgeschlossen, seine Statthaftigkeit vielmehr davon abhängen solle, ob nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, in das man nicht hat eingreifen wollen, während des Schwebens der Bedingung Sicherheit für den Fall der Realisirung der durch den bedingten Anspruch eröffneten Aussicht verlangt werden könne, oder mit der Begründung des bedingten Anspruchs zugleich ein Anspruch auf Erhaltung desselben für den Fall des Eintritts der Bedingung entstanden sei,

vgl. die Protokolle der Reichstagskommission bei Hahn a. a. O. S. 868 flg.

Zum Schutze dieses — unbedingten — Cautionsanspruchs oder des Anspruchs auf Erhaltung des bedingten Rechts steht beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen dem Berechtigten der Arrest offen,

vgl. auch Seuffert, CPO. S. 799; Gaupp, CPO. Bd. III. S. 448 flg.; Siebenhaar's Comm. S. 720; Bülow, CPO. 2. Aufl. S. 578 flg.; Struckmann und Koch, CPO. 2. Ausg. S. 683; v. Sarwey, CPO. Bd. II. S. 290 flg.; v. Wilmowski und Levy, CPO. 2. Ausg. S. 916; Petersen, CPO. Bd. II. S. 853.

Von einigen Commentatoren wird hierbei besonders auf die Vorschrift in § 871 des Sächs. Bürgerl. Gesetzbuchs verwiesen, wo dem bedingt Berechtigten bis zum Eintritt der Bedingung zwar nicht ein besonderer mittels Klage verfolgbarer Anspruch auf Sicherstellung eingeräumt, wohl aber bestimmt ist, er dürfe, so lange die Bedingung schwebe, einseitig Maßregeln zur Sicherstellung seiner bedingten Rechte ergreifen,

vgl. Siebenhaar a. a. O.; Struckmann und Koch a. a. O.; Puchelt, CPO. Bd. II. S. 665.

Nach Sächsischem Rechte würde hiernach der Umstand, daß der zu sichernde Anspruch von einer aufschiebenden Bedingung abhängt, an sich kein Hinderniß für Stellung eines Arrestgesuches bilden, wenn auch dieses Gesuch nur die Sicherung des Cautionsanspruchs, nicht

aber die des Hauptanspruchs selbst zum Gegenstande haben könnte, welcher letztere während des Schwebens der Bedingung zwar als entstanden, aber nicht als vollendet zu gelten hat,

vgl. §§ 108, 871 des Bürgerl. Gesetzbuchs und die Entstehungsgeschichte jenes § in Siebenhaar's Comm: 2. Ausg. Bd. I. zu § 108.

Einem solchen Gesuche stände die Bestimmung in Art. 29 der WO. nicht entgegen,

— vgl. Merkel, Arrest S. 39; Entscheidungen des vormal. Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XX. S. 112 flg.

auf dessen Ausführungen verwiesen werden mag —; dagegen ergäbe sich im gegenwärtigen Falle, wollte man auch der vorstehend bemerkten Auslegung folgen, immer noch der Zweifel, ob, wären die beiden Wechselregreßforderungen, wegen deren der Arrest verfügt worden ist, in der That als suspensiv bedingte Ansprüche anzusehen, der Arrestantrag, wie geschehen, auf Sicherstellung der Forderungen selbst und nicht blos auf den Schutz der während des Schwebens der Bedingung bestehenden Cautionsansprüche habe gerichtet werden dürfen, und ob solchenfalls die Arrestverfügung überhaupt oder doch unverändert aufrechterhalten werden könnte.

Allein nach der Ansicht des Oberlandesgerichts handelt es sich hier nicht um Ansprüche, deren Vollendung zur Zeit der Arrestanordnung von dem Eintritte einer aufschiebenden Bedingung abhing und es kann deshalb von eingehender Prüfung jener Bedenken abgesehen werden.

Bedingung im engeren und eigentlichen Sinne ist nicht jeder künftig eintretende Umstand, welcher auf die Wirksamkeit, beziehentlich Realisirbarkeit eines Rechtes Einfluß ausübt, sondern nur ein solcher, der nicht schon an sich eine nothwendige Voraussetzung des Rechtsverhältnisses bildet, vielmehr erst durch einen der Willenserklärung beigefügten Zusatz hierzu gemacht wird,

vgl. v. Savigny, System Bd. III. S. 120 flg.; Windscheid, Pandekten 4. Aufl. Bd. I. S. 232 flg.; Sintenis, Civilrecht 2. Aufl. Bd. I. S. 163 flg.; Brinz, Pandekten II. Abth. S. 1443.

Von diesem Gesichtspunkte aus könnte nicht angenommen werden, Präsentation und Protesterhebung seien aufschiebende Bedingungen des Regreßanspruchs gegenüber den Vormännern und dem Aussteller. Denn sie sind nicht willkürlich festgesetzte, sondern gesetzlich begründete Erfordernisse und auch dies nicht für die Entstehung des Anspruchs, sondern nur für dessen seinerzeitige Geltendmachung.

Zur Entstehung gelangen Wechselregreßforderungen schon mit der Begebung des Wechsels Seiten des Ausstellers an den Remittenten, beziehentlich Seiten des Indossanten an den Indossatar. Darauf weisen die Bestimmungen in Art. 8, 10 und 14 der WO. hin, worin es heißt, der Aussteller hafte für Annahme und Zahlung wechselmäßig, durch das Indossament gingen alle Rechte aus dem Wechsel auf den Indossatar über, der Indossant sei jedem spätern Inhaber haftpflichtig. Die Ausstellung, beziehentlich das Indossament und die darin stillschweigend liegenden Garantieversprechen sind daher die Quellen der Verbindlichkeit des Regreßschuldners. Nur zur späteren Ausübung des — schon früher begründet gewesenen — Regresses ist nach Eintritt der Verfallzeit Präsentation des Wechsels bei dem Acceptanten, beziehentlich Domiciliaten und Nachweis derselben, wie der nicht erlangten Zahlung durch eine rechtzeitig darüber aufgenommene Protesturkunde nothwendig, — Art. 41 der WO. — und der Regreßpflichtige in der Regel gegen Auslieferung des Protestes Zahlung zu leisten verbunden (Art. 54 der WO.). Der Regreß geht, wie in dem von der vorigen Instanz angeführten Art. 43 rücksichtlich der domicilirten Wechsel mit benanntem Domiciliaten bemerkt ist, bei Verabsäumung dieser Verpflichtung verloren, das Wechselrecht wird dagegen durch deren Erfüllung erhalten. Diese letztere Ausdrucksweise findet sich in Art. 44, wo davon die Rede ist, daß es zur Erhaltung des Wechselrechts, gegen den Acceptanten mit Ausnahme des in dem vorhergehenden Artikel erwähnten Falles, der Präsentation und Protesterhebung nicht bedürfe — vgl. auch Art. 83 der WO., wo beim Erlöschen der wechselmäßigen Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten in Folge Nichterfüllung der zur Erhaltung des Wechselrechts gesetzlich vorgeschriebenen Handlungen dem Inhaber die sogen. Be-

reicherungsklage vorbehalten wird, ferner Art. 86 s. v. „zur Ausübung oder Erhaltung des Wechselrechts vorzunehmenden Handlungen," Art. 99 Satz 2 s. v. „geht dadurch der wechselmäßige Anspruch 2c. verloren" und die Nov. 8 (s. v. „zur Erhaltung des Wechselrechts"). —

Deßhalb wird gegenwärtig in Theorie und Praxis vorherrschend angenommen, daß der Begebungsvertrag — sei es nun der ursprüngliche des Trassanten mit dem Remittenten, sei es der zwischen diesem, beziehentlich einem späteren Indossanten und dem Indossatar — es ist, welcher die Wechselregreßverpflichtung zur Entstehung bringt,

vgl. Wächter, Encyklopädie des Wechselrechts S. 123 flg.,

und daß für die so entstandene Regreßforderung der Verfalltag des Wechsels — die Nichtzahlung und die Protestaufnahme —, gleich der nach Verfall erfolgten Einlösung des weiterbegebenen Wechsels durch den Indossanten, nur zeitliche und geschäftliche Voraussetzungen der Geltendmachung bilden,

vgl. das Erkenntniß des Reichsgerichts in dessen Entscheidungen Bd. IV. S. 257 und des vormal. Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XXIV. S. 1 flg., sowie das an der erstern Stelle angeführte Urtheil des frühern Preuß. Obertribunals, im Gegensatze zu der Ansicht des östreichischen obersten Gerichtshofes,

oder mit andern Worten, daß die Protestaufnahme regelmäßig blos ein wesentlicher Theil der Begründung der Regreßklage ist.

(Vgl. Entscheidungen des vormal. Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XII. S. 113 flg.)

Wer sich, wie im vorliegenden Falle die Arrestklägerin, vor Verfall des Wechsels vermöge eines Giros des Remittenten oder eines Indossanten im Besitze des Wechsels befindet, hat mithin schon hierdurch einen, wenn auch betagten, wechselmäßigen Anspruch nicht blos an den Acceptanten, sondern auch an den Aussteller und den — hier mit diesem identischen — Remittenten, beziehentlich Indossanten, er darf daher — abgesehen von der oben angeführten Specialbestimmung in Art. 29 der WO. — beim Vorhandensein der sonst vorgeschriebenen Voraussetzungen zur Sicherung dieses Regreßanspruchs auf Grund von § 796 Abs. 2 der CPO. Arrest beantragen. Selbst-

verständlich muß er, wenn nach Eintritt der Verfallzeit Zahlung nicht erfolgt, sodann Behufs Erhaltung seines Rechtes seiner gesetzlichen Verbindlichkeit wegen Präsentation und Protesterhebung nachkommen. Sonst könnte der Arrestbeklagte mit Rücksicht auf das dann eintretende Erlöschen des sichergestellten Anspruchs nachträglich mit Erfolg Widerspruch erheben. Hier ist einem solchen Einwande durch nachmaligen Erlaß der Protesterhebung Seiten des Arrestbeklagten abgeholfen, dessen Wirksamkeit, weil er von dem Vertreter des jetzt allein in Betracht kommenden Wechselverpflichteten ausgegangen ist, nicht mit Grund angefochten werden könnte, auch nicht angefochten wird,

(vgl. Wächter a. a. O. S. 773).

Der Arrest ist mithin auch rücksichtlich der beiden Wechselforderungen mit Recht bestätigt werden.

10.

Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes nach § 16 des GKG.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 21. Juni 1882 no. 164 I. C. 1882.

In Sachen der Stadtgemeinde zu D., Klägerin, gegen den Fleischermeister G. das., Beklagten, hat der Letztere zufolge der von ihm zum Protokolle des Gerichtsschreibers des Landgerichts D. Bl. der Acten Cg. I. 442 1881 abgegebenen Erklärungen nicht blos Beschwerde gegen die Bemessung des Werths des Streitgegenstandes mit über 1200 bis 1600 M., wie sie sowohl der Berechnung der Gerichtsgebühren als dem Beschlusse wegen Festsetzung der von dem Beklagten zu erstattenden Prozeßkosten zu Grunde gelegt worden ist, sowie gegen den letzteren Beschluß eingelegt, sondern zugleich und zwar an erster Stelle Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes mittelst Abschätzung durch einen Sachverständigen beantragt.

Der Beachtlichkeit eines solchen Antrags steht die Vorschrift in § 16 Abs. 1 des GKG. vom 18. Juni 1878 zur Seite, insofern in der bezeichneten Klagsache, welche durch eine auf Grund Anerkenntnisses ergangene Entscheidung beendet ist, bisher eine Festsetzung des Werths des Streitgegenstandes weder zum Zwecke der Entscheidung über die Zuständigkeit des Prozeßgerichts (§ 15 des GKG.), noch in Gemäßheit

des § 16 desselben Gesetzes erfolgt ist. Der Streitgegenstand aber ist seiner Natur nach ein solcher gewesen, daß eine Werthschätzung des Umfangs der gegenüber dem Eigenthumsrechte der Klägerin an dem sogenannten Gewandhause, dem Beklagten zustehenden Berechtigung zur Benutzung einer der in jenem Grundstücke befindlichen „Fleischbänke" erforderlich wird.

Ebensowenig hat für das Landgericht in der formellen Lage der Sache ein Hinderniß vorgelegen, sich der Beschlußfassung auf den gedachten Antrag zu unterziehen, wie sich aus § 16 des GKG. ergiebt.

Unter diesen Umständen erachtet das Oberlandesgericht zugleich in Berücksichtigung des möglichen Einflusses des beantragten Beschlusses auf die über die Beschwerde zu ertheilende Entscheidung für erforderlich, daß vorerst der erwähnte Antrag des Beklagten durch das Landgericht erledigt werde 2c.

11.

Verweigerung des Armenrechts in zweiter Instanz als Grund des Versäumnisses an Einhaltung der Berufungsfrist; — **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** gegen dieses Versäumniß; §§ 111, 112 verb. mit §§ 106, 109, 118 der CPO.

Urtheil des OLG.'s (IV. Sen.) vom 26. Septbr. 1882 no. 48 IV. 1882.

Thatbestand.

Der Rechtsanwalt H. hat Namens der Klägerin*) mittels eines am 17. April 1882 präsentirten Gesuches beim Oberlandesgerichte um Ertheilung des Armenrechts für die zweite Instanz gebeten und das Oberlandesgericht dieses Gesuch mittels eines am 18. April 1882 zugestellten Beschlusses, sowie auf eine neuere Anregung mittels eines am 25. April 1882 zugestellten Beschlusses zurückgewiesen. — Das Reichsgericht hat auf Beschwerde der Klägerin mittels eines am 17. Mai 1882 zugestellten Beschlusses das erbetene Armenrecht bewilligt und darauf das Oberlandesgericht mittels eines am 17. Mai 1882 zugestellten Beschlusses das Armenrecht für

*) Klägerin ist auch Berufungsklägerin.

die zweite Instanz ertheilt und der Klägerin den Rechtsanwalt H. beigeordnet. Letzterer hat am 31. Mai 1882 dem für die erste Instanz bestellten Rechtsanwalte der Beklagten, M. die Berufungsschrift und das damit verbundene Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen das Versäumniß an Einhaltung der Berufungsfrist zugestellt.

Der Klägerin war auf Grund eines Zeugnisses des Stadtraths zu B. bereits für die erste Instanz das Armenrecht ertheilt.

Die Zustellung des Urtheils erster Instanz ist am 23. März 1882 an den für diese Instanz bestellten vorgedachten Rechtsanwalt der Beklagten Seiten des für die erste Instanz bestellten Rechtsanwalts der Klägerin, S., bewirkt worden.

Aus dem Berufungsschriftsatze ist der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumung an Einhaltung der Berufungsfrist Bl. der Oberlandesgerichtsacten, sowie zur Hauptsache der als Anlage A. dem Sitzungsprotokolle beigefügte Antrag vorgelesen, vom Anwalte der Beklagten ist aus dessen vorbereitendem Schriftsatze Bl. der Oberlandesgerichtsacten mit Vorlesung der dort enthaltenen Anträge auf Zurückweisung des Wiedereinsetzungsgesuches und Verwerfung der Berufung als unzulässig, bez. auf Zurückweisung der Berufung verfahren worden.

Das Gericht hat beschlossen und verkündet, daß das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag zu beschränken.

Klägerin hat hierauf diesen ihren Antrag unter Hinweis auf obige, den Thatbestand betreffende Umstände zu begründen gesucht, insbesondere die Rechtzeitigkeit der Einlegung des Wiedereinsetzungsgesuches und der damit verbundenen Berufung zu deduciren unternommen.

Beklagte hat zur Rechtfertigung ihres jetzt allein in Frage kommenden ersten Antrages bemerkt: Nicht durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle sei die Klägerin an der Innehaltung der Berufungsfrist verhindert worden, vielmehr durch ihre Indolenz und Trägheit. Sie habe die verhangene Versäumniß lediglich selbst verschuldet und es stehe ihr daher ein gesetzlicher Grund für die gesuchte Wiedereinsetzung nicht zur Seite. Denn:

I. habe Klägerin, indem für sie die Berufungsfrist ihrer eignen Sachdarstellung nach während der Monatsfrist vom 23. März 1882 bis 23. April 1882 gelaufen sei, mit dem Gesuche um Ertheilung des Armenrechts bis zum 17. April 1882 gezögert, so, daß ihr von der ganzen Monatsfrist nur noch die letzten sieben Tage übrig geblieben seien, um die Berufung einzulegen. — Hätte Klägerin innerhalb der Berufungsfrist früher ihr Gesuch um Ertheilung des Armenrechts eingebracht, so würde sie im Stande gewesen sein, der abfälligen Entschließung ungeachtet unter Beschreitung des Beschwerdewegs den gegentheiligen Beschluß des Reichsgerichts und in dessen Folge die Beiordnung eines Rechtsanwaltes, sowie die Einlegung der Berufung durch diesen noch innerhalb des Laufes der Berufungsfrist zu erlangen.

II. Nach dem Datum des das Armenrecht verwilligenden Beschlusses des Reichsgerichts müsse man annehmen — Bestimmteres vermöge sie allerdings hier nicht zu behaupten und nachzuweisen, — daß die Beschwerde wider den ablehnenden Beschluß des Oberlandesgerichts erst etwa am 9. Mai 1882 von der Klägerin an das Reichsgericht gebracht worden sei. Auch hierin liege ein schuldvolles Verhalten der Klägerin bezüglich der Innehaltung der Nothfrist der Berufung.

III. Ueberhaupt habe es, um die Einlegung der Berufung wirksam zu erreichen, für Klägerin ihrer Armuth ungeachtet nicht der Ertheilung des Armenrechtes und der hiermit verbundenen Beiordnung eines Rechtsanwalts Gerichtswegen bedurft. Klägerin hätte sich an jeden beim Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalt wenden können, es würde keiner derselben ihr — auch ohne als Rechtsanwalt nach § 107³ der CPO. beigeordnet zu sein — als einer Armen den Beistand zur Einlegung der Berufung bei drohendem Ablaufe der Nothfrist versagt haben; es würde dann das Armenrecht nachträglich oder gleichzeitig mit Einlegung der Berufung zu erbitten gewesen sein.

Der Klägerin Anwalt ist diesen Ausführungen gegenüber bei seiner Deduction stehen geblieben und hat speciell zu III. bemerkt:

Sie habe sich wegen Ergreifung der Berufung und Erlangung des Armenrechtes für die zweite Instanz an ihn gewendet, während des Laufes der Berufungsfrist. Er habe auf Grund der Lage der

Sache in jenem Prozeßstadium, von der Klägerin die Angabe weiterer und neuer Thatsachen zur Begründung ihres Anspruches, soweit ihr irgend möglich, erfordert; er werde auch in Wahrheit im Stande sein, in der Hauptsache dergleichen Thatsachen zur Geltung zu bringen, in welcher Hinsicht er sich einen besonderen vorbereitenden Schriftsatz vorbehält. — Zunächst habe er es aber für angezeigt erachtet, für die Klägerin das Armenrecht für die zweite Instanz nachzusuchen, da aus der Ertheilung des Armenrechtes für die erste Instanz, verbunden mit dem Inhalte des vorgelesenen Armuthszeugnisses erhellt habe, daß Klägerin in der Lage sei, das Armenrecht auch für die zweite Instanz zu erlangen, soweit hierbei ihre Vermögenslage in Betracht zu kommen habe. Wäre die Ertheilung des Armenrechtes (und die damit zu verbinden gewesene Beiordnung eines Rechtsanwalts) für die Klägerin erfolgt, so wäre auch noch in den vom 17. April 1882 — dem Tage der Einreichung des Gesuches — bis zum Ablaufe der Berufungsfrist — dem 23. April 1882 — von dieser Frist noch übrigen sechs vollen Tagen, wie keiner tieferen Begründung bedürfe, hinreichende Zeit zur Einlegung der Berufung gewesen; es sei ja die Entschließung des Oberlandesgerichts auf das Gesuch noch am 17. April erfolgt und bereits am 18. desselben Monats dem für Klägerin aufgetretenen Rechtsanwalte zugestellt worden.

Gründe.

Nach Ansicht der gegenwärtigen Instanz kann der Klägerin in Bezug auf die Beurtheilung der hinsichtlich der Erlangung des Armenrechts für die zweite Instanz und der Einlegung der Berufung in Betracht kommenden prozessualischen Fragen die Festhaltung eines anderen Gesichtspunktes, als desjenigen eines Laien, nicht angesonnen werden. Nach der Klägerin eigener, aus obigem Thatbestande sich ergebender Sachdarstellung ist davon auszugehen, daß sie zu dem bezeichneten Zwecke sich an den für sie aufgetretenen Rechtsanwalt H. erst am 17. April 1882 oder doch nur kurz vorher, also zu einer Zeit gewendet habe, zu welcher von der Berufungsfrist ein Abschnitt von noch sechs vollen Tagen — oder wenig mehr — gelaufen ist. Allein man hat vor Allem hier der Ausführung des Rechtsanwalts der Klägerin im obigen Thatbestande zu III. beizupflichten, wornach,

die Ertheilung des Armenrechtes auf das Gesuch vom 17. April 1882 vorausgesetzt, der auf Grund der Ertheilung beizuordnen gewesene Rechtsanwalt ausreichende Zeit gehabt haben würde, die Berufungsfrist innezuhalten. Daß Klägerin jenen Rechtsanwalt so kurz vor Ablauf der Berufungsfrist erst angegangen habe, daß man ihr das Risiko, ob überhaupt die Innehaltung der Frist noch möglich gewesen, auflegen müsse, läßt sich unter solchen Umständen nicht sagen. Klägerin konnte, gestützt auf den Inhalt des von ihr in erster Instanz beigebrachten Armuthszeugnisses und auf die für diese Instanz bereits erfolgte Ertheilung des Armenrechtes — von ihrem Standpunkte aus — davon ausgehen, daß ihr auch in zweiter Instanz das Armenrecht (und die Beiordnung eines Rechtsanwalts) nicht werde versagt werden. Denn daß auch sonst ein aus den in §§ 106 und 109 der CPO. aufgestellten Erfordernissen herzuleitendes Bedenken dem Gesuche nicht wirksam entgegengestanden habe, ergiebt sich aus dem Beschlusse des Reichsgerichts mit der nöthigen Liquidität.

Irrte sich Klägerin in ihrer Voraussetzung, wie der ablehnende Beschluß des Oberlandesgerichts gezeigt hat, so kann ihr bewandten Umständen nach dieser Irrthum als Verschuldung bei Wahrung ihrer prozessualischen Obliegenheiten, als Indolenz und Trägheit hierbei, nicht angerechnet werden, vielmehr stellt sich jener ablehnende Beschluß und der Ablauf der Berufungsfrist, welcher nun eingetreten ist, bevor Klägerin im Beschwerdewege die Aufhebung dieses Beschlusses und den durch letzteren herbeigeführten Mangel eines Rechtsanwaltes im vorliegenden Anwaltsprozesse zu beseitigen vermocht hat, für Klägerin als ein unabwendbarer Zufall dar, welcher sie an der Innehaltung der Berufungsfrist gehindert hat. Zu vgl. § 211 der CPO.

Die Ausführung der Beklagten zu II. im Thatbestande steht der Klägerin ebenfalls nicht entgegen. Vor Allem ist hier entscheidend, daß Beklagte über den Zeitpunkt, zu welchem Klägerin ihre Beschwerde an das Reichsgericht gebracht hat, eine bestimmte Behauptung gar nicht aufzustellen vermocht hat. Könnte man aber auch der in dieser Beziehung von der Beklagten aufgestellten Vermuthung folgen, daß die Beschwerde — nach Ablauf der Berufungsfrist — etwa am 9. Mai 1882 eingebracht worden sei, so würde man daraus, daß Klägerin nach der ihr unterm 18. April 1882 zu Theil gewordenen

abfälligen Bescheidung des Oberlandesgerichts nicht die bis zum Ablauf der Berufungsfrist noch übrigen 5 Tage sofort zur Einreichung der Beschwerde benutzt hat, immerhin den Vorwurf eines schuldvollen Verhaltens wider Klägerin nicht herleiten können. Denn einmal durfte sich dieselbe sagen, daß auch bei sofortiger Einlegung der Beschwerde es nicht möglich sein werde, die Entscheidung des Reichsgerichts so schnell zu extrahiren, daß die Ertheilung des Armenrechtes, die Beiordnung eines Rechtsanwaltes für sie und die Zustellung des Berufungssatzes noch innerhalb der Berufungsnothfrist fiele; sodann aber hat auch das Gesetz — § 118 der CPO. — Demjenigen, welchem die Ertheilung des Armenrechtes verweigert wird, die an eine Frist nicht gebundene einfache Beschwerde gestattet. Von einer Vernachlässigung der hinsichtlich der Beschwerdeführung der Klägerin auferlegt gewesenen prozessualischen Pflichten kann hiernach nicht die Rede sein.

Zu den unter III. im Thatbestande gedachten Ausführungen der Beklagten hat man nur zu bemerken, daß Klägerin durch Anrufung des Beistandes eines beim Oberlandesgerichte zugelassenen Rechtsanwalts und dadurch, daß sie sich dessen Leitung überließ, auch in Bezug auf die Aufsuchung eines Prozeßvertreters im Anwaltsprozesse das Ihrige gethan hat.

Wenn nun dem Obigen zufolge das Hinderniß, welches der Einhaltung der Nothfrist im vorliegenden Falle entgegengestanden hat, erst durch die am 17. Mai 1882 stattgehabte Beiordnung eines Rechtsanwaltes für die zweite Instanz gehoben worden, vom nurgedachten Zeitpunkte gerechnet aber die mit dem Wiedereinsetzungsgesuche verbundene Berufung dem Prozeßvertreter der Beklagten innerhalb der nach § 212 der CPO. geordneten zweiwöchigen Frist zugestellt worden ist, so hat man das Wiedereinsetzungsgesuch für statthaft und begründet zu erachten und demgemäß zu erkennen gehabt.

Die Entscheidung hinsichtlich des Kostenpunktes war im gegenwärtig ertheilten Zwischenurtheile nach § 28 des GKG. dem künftigen Enderkenntnisse vorzubehalten.

12.

Hat nach Erlaß der in § 774 Abs. 1 der CPO. vorgeschriebenen Entscheidung, das Prozeßgericht **von Amtswegen**

zu Eintreibung der festgesetzten Geldstrafe zu verschreiten?

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 27. Septbr. 1882 no. 244 I. C. 1882.*)

In der beim Landgericht D. anhängigen Rechtssache des Försters W. in N. bei L., Klägers, gegen die Handelsgesellschaft in Firma „H. & Z." in D. und deren Inhaber Carl H. und Daniel Z. daselbst, Beklagte, wird auf das von den Letzteren gegen den Bl. der Acten Cg. 189/82 ersichtlichen prozeßgerichtlichen Beschluß vom 30. August 1882 lt. Bl. rechtzeitig eingewendete, gemäß den §§ 776 und 701 der CPO. als sofortige Beschwerde anzusehende Rechtsmittel entschieden, wie folgt:

Der Beschluß ist, soweit er darauf sich richtet, daß die Beklagten zu Ablegung der Rechnung, welche dieselben durch den Vergleich Bl. vom 13. Juni 1882 binnen vierwöchiger Frist dem Kläger zu legen und zu übergeben sich verpflichtet haben, nunmehr durch Geldstrafe anzuhalten seien, zwar an sich nach den Vorschriften der §§ 774, 776 der CPO. gerechtfertigt, da die von den Beklagten nach Bl. unter dem 7. August 1882 herausgegebene Rechnung, insofern darin die Detail-Verkäufe von den Engros-Verkäufen nicht gesondert sind, der diesfalls im Vergleiche übernommenen Verpflichtung offenbar nicht entspricht und es deshalb einer besonderen, ausdrücklichen Anzeige des Klägers an die Beklagten darüber, daß jene Rechnung aus diesem Grunde ungenügend sei, im Mangel einer diesfallsigen gesetzlichen Vorschrift nicht bedurft hat.

Dagegen ist das Landgericht insofern zu weit gegangen, als es, ohne neue Anregung Seiten des Klägers und unter Hinausgehen über den von Letzterem Bl. gestellten Antrag, daß den Beklagten die durch den Vergleich übernommene Rechnungslegung binnen einer Woche, bei Vermeidung angemessener Geldstrafe, auferlegt werde, sogleich Amtshalber lt. Bl. die thatsächliche Einziehung einer Strafe von 500 M. beschlossen, auch in Ausführung dessen die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigung dieses Beschlusses an die Hauptcassenverwaltung angeordnet und nach Bl. nur mit Rücksicht auf das von den Beklagten

---

*) Ueber die Anwendung des § 774 der CPO. auf das Zwangsverfahren in Ehesachen, zu vgl. diese Annalen Bd. I. S. 537 flg.

eingewendete Rechtsmittel die Vollziehung dieser Beschlüsse einstweilen nach § 535 Abs. 2 der CPO. ausgesetzt hat.

Nach der auf den gegenwärtigen Fall unbestritten Anwendung leidenden Vorschrift in § 774 Abs. 1 der CPO. hatte die vom Landgerichte zu ertheilende Entscheidung zunächst auf den Ausspruch sich zu beschränken, daß die Beklagten zu Ablegung der Rechnung durch die festgesetzte Geldstrafe, als das für geeignet erachtete Zwangsmittel, anzuhalten seien. Die Frage, ob eine solche Entscheidung, wie die Beklagten meinen, nur die Grundlage einer für den Fall weiterer Säumniß an den Schuldner vorerst zu erlassenden Androhung dieser Strafe bilden könne, oder ob darin, wie das Prozeßgericht anscheinend angenommen hat, zugleich der Ausspruch, daß die Beklagten durch ihre zeitherige Säumniß die Geldstrafe bereits verwirkt hätten, mit inbegriffen und in welcher Maße daher das fernere executivische Verfahren gegen die Beklagten einzurichten sei, ist im Gesetze selbst nicht ausdrücklich entschieden und findet auch in den einschlagenden Gesetzesmotiven (s. Puchelt, Comm. zur CPO. Bd. 2 S. 640 flg. Anm. 9) keine nähere Erläuterung. Nach den mithin hierbei in Betracht zu ziehenden allgemeinen prozeßrechtlichen Grundsätzen ließe sich aber zunächst zu der Ansicht gelangen, daß das Prozeßgericht bei der Zwangsvollstreckung wegen einer dem Schuldner obliegenden Handlung der hier vorliegenden Art überhaupt auf die ihm durch § 774 Abs. 1 der CPO. zugewiesene Thätigkeit sich zu beschränken und daß nach Erledigung dieser Thätigkeit der die Regel bildende unmittelbare Prozeßbetrieb durch die Parteien wieder Platz zu greifen, also der Kläger zum Behufe der Einbringung der festgesetzten Geldstrafe bei fortgesetztem Unterbleiben der schuldigen Handlung, — wie dies für die Vollziehung der von dem Prozeßgerichte als Zwangsmittel angeordneten Haft die Motive zu § 790 der CPO., s. Comm. zur CPO. von Seuffert S. 796, erfordern, — selbständig und ohne fernere Mitwirkung des Prozeßgerichts den Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamten zu beauftragen habe. Allein, auch wenn diese Ansicht, im Mangel einer speciellen, gesetzlichen Unterlage, nicht zu billigen, sondern dem Prozeßgerichte zugleich die Ausführung des die Geldstrafe festsetzenden Beschlusses zu überlassen wäre, so würde doch jedenfalls ein Vorgehen des Prozeßgerichts gegen den

Schuldner von Amtswegen, wie solches hier, unerwartet eines vom Gläubiger auf Beitreibung der festgesetzten Geldstrafe gestellten Antrages, beschlossen und eingeleitet worden ist, nicht für zulässig erachtet werden können. Denn aus der Vorschrift in § 774 Abs. 1 der CPO., nach welcher in Fällen der vorliegenden Art vom Prozeßgerichte auf Antrag zu erkennen ist, daß der Schuldner zu Vornahme der schuldigen Handlungen durch Geldstrafen 2c. „anzuhalten" sei, ergiebt sich mit Zweifellosigkeit wenigstens soviel, daß durch die diesfallsige Entscheidung des Prozeßgerichts nicht eine unbedingte Verurtheilung des Schuldners zu Erlegung der ausgeworfenen Geldstrafe, — wie nach § 775 der CPO. bei Zuwiderhandlungen gegen die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen oder zu dulden, nach vorgängiger Strafandrohung, vorgezeichnet ist, — zum Ausdrucke gebracht worden, sondern daß der angeordneten Geldstrafe fortdauernd der Charakter eines blosen Zwangsmittels gewahrt bleiben, also dem Schuldner die Möglichkeit, bis zur thatsächlichen Beitreibung der Geldstrafe sich von derselben noch mittels Vornahme der ihm obliegenden Handlung zu befreien, offen stehen solle. Das OLG. hat daher die von mehreren Commentatoren der CPO. vertretene Meinung, daß nach Erlaß der in § 774 Abs. 1 vorgeschriebenen Entscheidung das Prozeßgericht Amtshalber zu Eintreibung der festgesetzten Geldstrafe zu verschreiten habe,

vgl. Struckmann und Koch, edit. 3 S. 725 Anm. 3,
v. Bülow, S. 534 Anm. 4,
Seuffert, S. 786 Anm. 3b,
Endemann, Bd. 3 S. 323,

nicht zu theilen vermocht, hat vielmehr, wie von ihm schon in einem früheren ähnlichen Falle dargelegt worden ist, die entgegengesetzte Ansicht, welche v. Wilmowski und Levy in ihrem Commentar edit. II. S. 898, 899 aufstellen und von welcher auch Gaupp, CPO. Bd. 3 S. 416 a. E. auszugehen scheint, als die richtigere anzuerkennen und kann demzufolge das Prozeßgericht zu thatsächlicher Anwendung des festgesetzten Zwangsmittels erst dann für ermächtigt ansehen, wenn der Gläubiger dieselbe, nach Ertheilung der in § 774 Abs. 1 bemerkten Entscheidung, noch besonders beantragt hat.*) In

*) Die zur Unterstützung der hier vom Oberlandesgerichte aufgestellten

gegenwärtiger Sache würde ein Abgehen von dieser Ansicht um so mehr bedenklich fallen müssen, als der der Entscheidung Bl. zu Grunde liegende Antrag Bl., welchen der Kläger Bl. wiederholt hat, lediglich darauf gerichtet war, daß den Beklagten auferlegt werde, die hinsichtlich der Rechnungslegung übernommene Verpflichtung binnen einer Woche zu erfüllen. Im Uebrigen kann nunmehr, nachdem die Rechnungslegung Seiten der Beklagten lt. Bl. in einer, auch vom Kläger nach Bl. für genügend befundenen Maße erfolgt und demzufolge Seiten des Klägers Bl. auf Fortstellung des Prozesses angetragen worden ist, auch schon dieserhalb die Einziehung der als bloses Zwangsmittel festgesetzten Geldstrafe nicht mehr stattfinden.

Der angefochtene Beschluß wird daher, soweit er auf Einziehung von Geldstrafe von 300 M. sich richtet, hiermit aufgehoben.

13.

Formel der Verurtheilung, wenn auf Rückgewährung der Innehabung bestimmter beweglicher Gegenstände geklagt ist; Zwangsvollstreckung nach § 773 oder nach § 769 der CPO.? — Eine vom an sich klaren Wortlaute der Urtheilsformel abweichende Auslegung derselben nach den Gründen und dem Thatbestande, unzulässig.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 27. Sept. 1882 no. 250 I. C. 1882.

In Sachen des Agenten S. in C., Klägers, gegen die geschiedene S. das., Beklagte, wird auf die weitere sofortige Beschwerde, welche die Letztere Bl. des bei dem Amtsgericht zu C. ergangenen Actenhefts

---

Sätze oben citirte Ausführung bei v. Wilmowski rc. lautet wörtlich: „Die Beitreibung der Geldstrafe, bez. die Verhaftung des Schuldners muß jedoch unterbleiben, falls der Schuldner bis zur Vollstreckung die vorzunehmende Handlung geleistet hat. Dies ergiebt sich daraus, daß sowohl die Geldstrafe als die Haft hier nur als Zwangsmittel anzuwenden sind, wie die Motiven (444) ausdrücklich hervorheben.

Die nach § 774 Abs. 1 zu erlassende Entscheidung enthält gleichzeitig Strafandrohung und Strafbefehl, wenngleich dies im Ausdrucke nicht unbedingt zu sondern ist. Der Strafbefehl ist nur auszuführen, wenn bis zur Ausführung die Strafandrohung ohne Erfolg gewesen. Daraus folgt auch, daß von Amtswegen weder die Geldstrafe beizutreiben, noch der Haftbefehl zu vollstrecken ist."

B. 33 1882 gegen den Bl. in Ausfertigung ersichtlichen Beschluß der dritten Civilkammer des Landgerichts zu C. bei Letzterer eingelegt hat, dieser Beschluß aufgehoben und der durch denselben außer Wirksamkeit gesetzte Beschluß des Amtsgerichts zu C. vom 21. August 1882 wiederhergestellt: es ist auch der Kläger die in der zweiten und dritten Instanz aufgelaufenen Kosten zu tragen verbunden.

In dem am 10. Oktober 1881 verkündeten Urtheile der ersten Civilkammer des Landgerichts zu C., welches den vollstreckbaren Schuldtitel für die auf den Antrag des Klägers am 9. August 1882 durch den Gerichtsvollzieher vorgenommene Wegnahme von Mobilien aus der Inhabung der Beklagten bildet, ist die Letztere verurtheilt, die daselbst bezeichneten Gegenstände in die von ihr gemeinschaftlich mit dem Kläger gemiethete, in der zweiten Etage des Hauses no. 10 in C. belegene Wohnung zurückzuversetzen. Das Amtsgericht zu C. ist ausweislich des angezogenen Beschlusses der Meinung gewesen, daß der Beklagten durch jene Verurtheilung die Vornahme einer Handlung auferlegt worden sei, deren Erzwingung im Wege der Zwangsvollstreckung nach Maßgabe der Vorschrift in § 773 der CPO. zu erfolgen habe. Dagegen hat das Landgericht in dem angefochtenen Beschlusse befunden, daß der Beklagten durch das Urtheil die Herausgabe der streitigen Gegenstände an den Kläger auferlegt und daß daher dasselbe nach § 769 der CPO. zu vollstrecken sei. Zu dieser Ansicht ist das Landgericht durch die Erwägung gelangt, daß zwar der Umfang einer Verurtheilung nach der Formel des Urtheils der Regel nach sich bestimme, jedoch bei entstehenden Zweifeln der Sinn der Formel an der Hand des Thatbestands und der Entscheidungsgründe geprüft werden müsse, daß eine solche Prüfung in dem vorliegenden Falle zu der Annahme führe, es sei durch das Urtheil das Recht des Klägers anerkannt worden, durch die Beklagte wieder in die Inhabung der ihm von dieser widerrechtlich entzogenen Gegenstände gesetzt zu werden, es sei daher der Beklagten die Verpflichtung zur Ausantwortung der Gegenstände auferlegt und zugleich bestimmt worden, daß sie die Gegenstände dem Kläger an dem Orte, wo sie dieselben ihm widerrechtlich weggenommen, auszuantworten habe.

Das Oberlandesgericht hat dieser Auffassung nicht beizutreten vermocht.

Allerdings ergiebt sich aus dem Thatbestand des angezogenen Urtheils, daß der Kläger, weil die Beklagte, seine damalige Ehefrau, in seiner Abwesenheit und ohne sein Vorwissen die streitigen Gegenstände aus der im Urtheil bezeichneten gemeinschaftlichen Wohnung beider Eheleute hatte fortschaffen und in ein von ihr allein in dem nämlichen Hause ermiethetes Logis hatte bringen lassen, Besitzklage mit dem Antrag erhoben hat, die Beklagte zur Herausgabe dieser Sachen an ihn zu verurtheilen. Es ist auch nach Ausweis der Entscheidungsgründe von dem Prozeßgericht die Klage als Besitzklage im Sinne von § 206, 208 des BGB.'s als schlüssig angesehen und Inhalts des mitvorliegenden Urtheils der Berufungsinstanz die Berufung der Beklagten zurückgewiesen worden, weil der geltend gemachte Anspruch nach den Grundsätzen über die Spolienklage in § 209 des BGB.'s begründet sei. Es kann hiernach nicht bezweifelt werden, daß die Verurtheilung der Beklagten bezweckt habe, diese zur Rückgewährung der Inhabung der streitigen Gegenstände, also zur Herausgabe derselben an den Kläger zu verpflichten und mag von dem Prozeßgericht die vorliegende Fassung der Urtheilsformel in der Erwartung gewählt worden sein, der Kläger werde die von ihm bis dahin innegehabte Wohnung beibehalten und deßhalb durch Rückversetzung der Gegenstände Seiten der Beklagten in diese Wohnung die Inhabung der Gegenstände wiedererlangen. Allein wesentlich ist, daß die Beklagte nicht zur Herausgabe der streitigen Gegenstände an den Kläger verurtheilt worden ist. Wie die vorige Instanz anerkannt hat, ist für die Bemessung des Inhalts einer verurtheilenden Entscheidung an sich die Urtheilsformel maßgebend. Mag nun auch, wenn diese Anlaß zu Zweifeln bietet, zur Ermittelung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung auf die Entscheidungsgründe und auf den Thatbestand eingegangen werden müssen, so ist doch zu verneinen, daß diese Voraussetzung in dem vorliegenden Falle vorhanden sei. Vielmehr ist der Sinn der hier gegen die Beklagte ergangenen Verurtheilung an sich klar und deutlich. Der Beklagten ist darin aufgegeben, die daselbst angegebenen Gegenstände in die bezeichnete Wohnung zurückzuversetzen d. h. zurückzubringen. Dies ist eine Handlung, welche ihrer äußeren Erscheinung nach der Herausgabe der Sachen an den Kläger nicht gleichsteht und da sie ihrer Beschaffenheit nach auch von einem Dritten

vorgenommen werden könnte, in Bezug auf das Verfahren bei ihrer Erzwingung im Wege der Zwangsvollstreckung den Vorschriften in § 773 Abs. 1 der CPO. zu unterstellen ist. Der Wortlaut der Urtheilsformel giebt mithin über den Inhalt der darin der Beklagten auferlegten Verpflichtung zu einem Zweifel keinen Anlaß. Es erscheint daher nicht zulässig, unter Zuhülfenahme der Entscheidungsgründe und des Thatbestands der Verurtheilung einen Sinn unterzulegen, nach welchem die Beklagte zu Vornahme einer anderen, als der in letzterer bezeichneten und bei der Zwangsvollstreckung ein anderes Verfahren bedingenden Handlung genöthigt werden würde. Es mag auch darauf aufmerksam gemacht werden, daß, wollte man einer klaren Urtheilsformel gegenüber eine von dem Wortlaute derselben abweichende Auslegung aus den Gründen und dem Thatbestande nachlassen, dem Gerichtsvollzieher eine Freiheit eingeräumt werden würde, welche über seine Stellung und seine Befähigung hinausginge. Hieran kann dadurch nichts geändert werden, daß wegen einer später eingetretenen Aenderung der Wohnungsverhältnisse der Parteien (vgl. Bl. und die Geständnisse des Klägers Bl.) durch die Erfüllung der der Beklagten in dem Urtheile auferlegten Verpflichtung dem Kläger die Inhabung der streitigen Gegenstände nicht verschafft wird; vielmehr lassen sich hieraus lediglich Zweifel gegen die Zweckmäßigkeit der Fassung der Verurtheilung entnehmen.

Nach dem Allen ist das auf Grund der fraglichen Verurtheilung gegen die Beklagte eingeleitete Zwangsvollstreckungsverfahren, da dasselbe nach § 769, nicht nach § 773 der CPO. stattgefunden hat, für ungültig zu achten. Es erscheint dasselbe aber auch um deswillen unzulässig, weil die streitigen Gegenstände zur Zeit der Zwangsvollstreckung in den Räumen der in dem Urtheil bezeichneten Wohnung sich befunden haben. Es war deßhalb der Beschluß des Amtsgerichts, durch welchen auf Antrag der Beklagten das Verfahren aufgehoben und die Zurückschaffung der fraglichen Sachen in die gedachte Wohnung angeordnet worden ist, wiederherzustellen.

Die Entscheidung über den Kostenpunkt beruht auf der Erwägung, daß die vorliegende Beschwerde der Beklagten Beachtung gefunden hat und hieraus die Unerheblichkeit der von dem Kläger gegen den Beschluß des Amtsgerichts zu C. eingelegten Beschwerde von selbst sich ergiebt.

14.

Zwangsvollstreckung, wenn das betreffende Urtheil gegen eine vom Kläger zu bewirkende Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar erklärt worden; §§ 664, 672 Abs. 2, 98 Abs. 1 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 18. Octbr. 1882 no. 263 I. C. 1882.

In Sachen des Kaufmanns W., Klägers, gegen den Kaufmann S., Beklagten, wird die sofortige Beschwerde, welche der Letztere gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß der Kammer für Handelssachen zu Z. vom 2. September 1882 Bl. der Acten Hg. 9/82 eingelegt hat, als unbegründet zurückgewiesen.

Nach § 98 Abs. 1 der CPO. kann der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden. Im vorliegenden Fall gründet sich der Erstattungsanspruch des Klägers auf das am 14. Juli 1882 verkündete Urtheil des IV. Civilsenats des Königl. Sächs. OLG.'s, in welchem der Beklagte in der Hauptsache verurtheilt und ihm die Tragung der gesammten Prozeßkosten auferlegt worden ist. Der Einwand des Beklagten, daß dieses Urtheil einen Titel der bezeichneten Art nicht gewähre, weil er gegen dasselbe Revision eingelegt habe und über dieses Rechtsmittel noch nicht entschieden sei, ist unerheblich. Denn jenes Urtheil ist für vorläufig vollstreckbar erklärt und eine solche Erklärung ist nicht in dem Sinne, daß schon der Angriff des Urtheils mittels eines Rechtsmittels dessen Vollstreckbarkeit hemmt, sondern dahin zu verstehen, daß aus demselben unerwartet des Eintritts der Rechtskraft als der regelmäßigen Voraussetzung der Vollstreckbarkeit eines Urtheils die Zwangsvollstreckung stattfindet. Demnächst ist das Urtheil zwar nicht unbedingt, sondern gegen Seiten des Klägers erfolgende Bestellung einer Sicherheit von 9600 Mark für vorläufig vollstreckbar erklärt worden und daß diese Sicherheit bestellt sei, wird von dem Beklagten bestritten und ist nicht nachgewiesen. Allein auch der hieraus gegen die Zulässigkeit des angefochtenen Beschlusses abgeleitete Einwand ist nicht stichhaltig. Nach § 664 der CPO. darf der Regel nach von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache abhängt, eine vollstreckbare Aus-

fertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. Von dieser Regel ist jedoch der Fall ausgenommen, wenn die Thatsache, von deren Eintritt die Vollstreckung des Urtheils abhängt, in einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung besteht: in diesem Falle ist mithin die Ertheilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht von dem Nachweise, daß die Sicherheit geleistet sei, abhängig zu machen. Das Gesetz geht hierbei ausweislich der Motive (vgl. Seuffert's Comm. S. 704) davon aus, daß zwar dem Gerichtsvollzieher nichts weiter, als die unbedingte Vollstreckung eines vollständig bestimmten Urtheils zu überlassen und daß deshalb von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatsache abhänge, vor Eintritt der letzteren eine vollstreckbare Ausfertigung nicht zu ertheilen sei, daß aber ebenso, wie der Eintritt eines bestimmten Kalendertags, auch die Leistung einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit, von der nach Inhalt des Urtheils die Vollstreckung abhängig gemacht sei, unbedenklich von dem Gerichtsvollzieher festgestellt werden könne und daher nicht eine solche Thatsache sei, deren Eintritt vor Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung abgewartet werden müsse. Es folgt hieraus, daß die Leistung der Sicherheit von dem Gläubiger dem Gerichtsvollzieher nachzuweisen und daß die Beurtheilung dieses Nachweises dem Gerichtsvollzieher zugewiesen, die vollstreckbare Ausfertigung aber unerwartet desselben zu ertheilen ist. Demgemäß ist in § 672 Abs. 1 bestimmt, daß, wenn die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen darf, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird. Nach dem Allen bildet ein Urtheil, welches, wie das oben erwähnte, nur gegen Sicherheitsleistung des Klägers für vorläufig vollstreckbar erklärt worden ist, schon an sich einen vollstreckbaren Titel der in § 98 Abs. 1 der CPO. vorausgesetzten Art und wird dies nicht erst durch Bestellung der Sicherheit. Der Erlaß des Kostenfestsetzungsbeschlusses ist daher gerechtfertigt. Der Beklagte erscheint auch durch denselben nicht gefährdet. Denn sollte der Kläger, noch ehe über die Revision entschieden

ist, eine vollstreckbare Ausfertigung des gedachten Beschlusses beantragen, so würde dieselbe nicht anders ertheilt werden können, als daß darin die in dem Urtheil ausgedrückte Beschränkung der Vollstreckbarkeit als einer vorläufigen und an eine Sicherheitsleistung des Klägers geknüpften erwähnt wird, da die in § 663 der CPO. angegebene Form der Vollstreckungsclausel ausweislich der Motive nur den Rahmen bildet, in welchen alle für den einzelnen Fall noch erforderlichen Zusätze eingefügt werden können.

15.

Berechnung einer nach Monaten bestimmten Frist, wenn der Lauf derselben durch die Gerichtsferien gehemmt wird; §§ 198 Abs. 2, 199, 234, 200 Abs. 1, 201 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 25. Octbr. 1882 no. 252 I. C. 1882.

In Sachen der verehel. T., Klägerin, gegen Carl Robert W., Beklagten, wird die sofortige Beschwerde, welche die Erstere gegen den ihren Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils zurückweisenden Beschluß der dritten Civilkammer des Landgerichts zu L. Bl. der Acten Cg. III. 136 1882 eingelegt hat, zurückgewiesen.

Da die Klagschrift nach Bl. dem Beklagten am 22. Juni 1882 zugestellt worden ist, so hat die in § 234 der CPO. geordnete einmonatige Einlassungsfrist zu Folge dieser Vorschrift (vgl. die Worte „zwischen der Zustellung der Klagschrift") und der Bestimmung in § 198 Abs. 2, sowie da § 199 sich nur auf die nach Tagen bestimmten Fristen bezieht, an dem gedachten Tage, als dem ersten Fristtage, zu laufen begonnen (vgl. die Commentare von v. Bülow 2. Aufl. zu § 199 nota 2 und zu § 200 nota 1, v. Sarwey Bd. I. bei § 234, womit die in den Commentaren Seuffert's zu § 199 nota 5 und v. Wilmowski's und Levy's 2. Aufl. zu § 234 nota 1 angegebenen Beispiele übereinstimmen). Das Ende der Frist würde an sich nach § 200 Abs. 1 am 22. Juli 1882 eingetreten sein. Ihr Lauf ist jedoch nach § 201 Satz 1 durch die am 15. Juli 1882 begonnenen Gerichtsferien gehemmt worden und nach § 201 Satz 2 hat der übrige Theil der Frist erst mit dem am 15. September 1882 eingetretenen Ende der Ferien zu laufen begonnen. Deshalb kann das Ende einer solchen Frist, welche nach Monaten bestimmt ist, nicht

so berechnet werden, daß die Frist an einem nach den Gerichtsferien liegenden Tage endigen müßte, welcher durch seine Zahl dem Tage, an welchem sie begonnen hat, entspricht. Vielmehr muß der Tag, an welchem sie nach § 200 Abs. 1 ohne das Dazwischentreten der Gerichtsferien geendigt haben würde, festgestellt und dadurch die Zahl der Tage, welche in die Gerichtsferien fallen, berechnet werden: dieser Zeitraum ist der noch übrige Theil der Frist, welcher nach dem Schluß der Ferien zu laufen hat (vgl. die Commentare von Sarwey Bd. I. S. 296 nota 1, Seuffert S. 207 flg. nota 2, Wilmowski und Levy 2. Aufl. S. 246 nota 2, Petersen Bd. I. zu § 201 unter 2 letzter Absatz, Hellmann Bd. I. S. 561 nota 2). Da in dem vorliegenden Falle, wie bemerkt, die einmonatige Einlassungsfrist an sich am 22. Juli 1882 geendigt haben würde, also davon acht Tage in die Gerichtsferien gefallen sein würden, so hat dieser Rest von der am 15. September 1882 eingetretenen Beendigung der Gerichtsferien an zu laufen begonnen und die Frist ist mithin am 23. September 1882 abgelaufen. Da bereits an diesem Tage der Termin gestanden hat, ist die Einlassungsfrist nicht gewahrt gewesen. Deßhalb ist die Ablehnung des Antrags der Klägerin auf Erlaß des Versäumnißurtheils gegen den im Termin außengebliebenen Beklagten nach § 300 no. 2 der CPO. gerechtfertigt.

16.

Erfordernisse für die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen notarieller Urkunden; §§ 702_5, 705 Abs. 2, 3, 703, 669, 670 der CPO.; §§ 45, 67, 68 der K. S. Notariats-O. vom 3. Juni 1859.

Beschluß des K. S. OLG.'s (I. Sen.) vom 6. Novbr. 1882 no. 216 I. B. 1882.

Herrn Rechtsanw. Dr. R. ist bei Rückgabe der von dem Kaufmann L. in D. am 10. Juli 1882 vor dem Notar N. anerkannten Urkunde auf die Beschwerdeschrift vom ... zu eröffnen, daß das K. S. OLG. sich nicht hat veranlaßt finden können, an den Notar N. die beantragte Anweisung zu erlassen.

Denn, wäre auch anzunehmen, daß die gedachte, ihrem Inhalte nach der Bestimmung in § 702 unter 5 der CPO. entsprechende Urkunde, da der Aussteller sich vor dem Notar N. nicht blos zu seiner

darunter befindlichen Unterschrift, sondern auch zu dem Inhalte der Urkunde bekannt hat, als eine von dem Notar aufgenommene Urkunde im Sinne jener Vorschrift anzusehen sei, so steht doch dem Verlangen des Beschwerdeführers, daß der Notar N. ihm eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde ertheile, der Umstand entgegen, daß dieselbe nicht in der Verwahrung jenes Notars sich befindet, sondern nach beendeter Recognitions-Verhandlung mit dem darauf gebrachten Recognitions-Protocolle, wie dies die §§ 45, 67, 68 der Notariats-O. vom 3. Juni 1859 vorschreiben, an den Aussteller ausgehändigt worden ist. In § 705 Abs. 2 der CPO. ist bestimmt, daß die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden, von dem Notar, welcher die Urkunde verwahrt, bez. von der Behörde, in deren Verwahrung sie sich befindet, ertheilt wird. — Hiernach ist für die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigung von notariellen executorischen Urkunden vorausgesetzt, daß die letztern nicht an die Betheiligten verabfolgt sind, sondern von dem Notar, der die Urkunde aufgenommen hat, oder nach dessen Abgange je nach der Verfassung des Notariats und den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verwahrung der Notariats-Urkunden, entweder von einem andern Notar oder von einer Behörde verwahrt werden. Es folgt hieraus, daß von solchen notariellen executorischen Urkunden, bei denen diese Voraussetzung nicht zutrifft, vollstreckbare Ausfertigungen nicht ertheilt werden können (vgl. auch die Commentare von v. Wilmowski u. Levy 2. Aufl. S. 808 not. 6, v. Sarwey's, Bd. II. zu § 705 not. 2). — Der innere Grund, aus welchem das Gesetz die Zuständigkeit zu Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen von notariellen executorischen Urkunden in der § 705 Abs. 2 angegebenen Maße geordnet und dadurch die Verwahrung der letzteren bei einem Notar oder bei einer Behörde zu der Voraussetzung für die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen erhoben hat, ist unverkennbar der, daß nur auf diese Weise in solchen Fällen die Möglichkeit zur Beobachtung der nach § 703 der CPO. entsprechend anzuwendenden Vorschrift in § 670 der CPO., durch welche wieder die Beobachtung der Bestimmung in § 669 (vgl. § 705 Abs. 3) hat gesichert werden sollen, beschafft wird. Die nämliche Auffassung liegt der Verordnung des K. Justizministeriums betr. die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Notariats-

Urkunden vom 9. Sptbr. 1879 (GBBl. v. J. 1879 S. 334) §§ 1, 2, 3 zu Grunde, insofern hiernach die Vollstreckungsclausel auf eine beglaubigte Abschrift des in den Notariats-Acten befindlichen Protocolls gebracht werden, ferner der Beglaubigungsvermerk die Nummer, unter welcher das Protocoll in dem Repertorium des Notars eingetragen ist, sowie die Notariats-Acten, in denen das Protocoll eingeheftet ist, unter Angabe der Blattzahl bezeichnen und die Bemerkung, ob sich die Urschrift des Protocolls in der Verwahrung des Notars, der dasselbe aufgenommen hat und die Abschrift beglaubigt, oder in der Verwahrung des in § 70 der Notariats-O. verb. mit § 13 des Gesetzes vom 1. März 1879 bezeichneten Amtsgerichts befindet, enthalten, auch die in § 670 der CPO. vorgeschriebene Bemerkung auf die in den Notariatsacten befindliche und verbleibende Urschrift des Protocolls gebracht werden soll.

Handels- (und Wechsel-) Recht.

2.

Beim eignen Wechsel gilt der in demselben angegebene Ort der Ausstellung, insofern nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers (Art. 97 der D. WO.), auch wenn Letzterer an dem angegebenen Orte der Ausstellung nicht gewohnt hat. Einfluß dieses Satzes auf die Erforderniſſe hinsichtlich der Protesterhebung. Wegfall der Verbindlichkeit zur Notification der letzteren nach Art. 47 der D. WO. — Bürgschaftsleistung durch Wechselbegebung; Umfang der hieraus gegen den Bürgen hervorgehenden Verbindlichkeiten.

Urtheil des OLG.'s (IV. Sen.) vom 23. Mai 1882 no. 21 O. IV. 1882.

Beklagter und Berufungskläger hatte sich beim Kläger und Berufungsbeklagten für den Schuldner des Letztern F. in der Weise verbürgt, daß er einen von F. an seine, des Bürgen, Ordre gestellten eignen Wechsel, auf den Kläger in blanco girirt hatte. Der Wechsel

wurde bei Verfall protestirt und darauf Beklagter vom Kläger mit Rücksicht auf seine aus dem Giro und dem Proteste herzuleitende Regreßpflicht in Anspruch genommen. — Das OLG. wies (in II a) die Klage ab aus nachstehenden Gründen.

Der von dem Berufungskläger in Betreff der Formgültigkeit des vorgelegten Protestes erhobene Einwand ist zunächst formell beachtlich. Die Legalität dieses Protestes bildet, wie weiterhin zu zeigen ist, eine der wesentlichen Voraussetzungen der Schlüssigkeit des durch die vorliegende Klage geltend gemachten wechselmäßigen Regreßanspruchs. Die Schlüssigkeit einer Klage ist aber, wie auch die Vorschrift in § 296 Abs. 2 der CPO. an die Hand giebt, von richterlichen Amtswegen zu prüfen, und bedarf deshalb nicht spezieller Bemängelung Seiten der beklagten Partei. Dies gilt auch von der Berufungsinstanz (vgl. § 485 der CPO.), vorausgesetzt nur, daß, wie hier zutrifft, ein auf die Abweisung der Klage gerichteter Antrag des Beklagten vorliegt.

Es hätte demnach einer ausdrücklichen Rüge der Illegalität des Protestes Seiten des Beklagten, gegenwärtigen Berufungsklägers, gar nicht bedurft, um die richterliche Cognition in Betreff dieses Punktes herbeizuführen. Im Uebrigen ist eine solche Rüge, und zwar sowohl in dem erstinstanzlichen, als im Berufungsverfahren, wenngleich in jenem in nicht substanziirter Weise, erfolgt, und würde eventuell auch eine solche allgemeine Bemängelung genügt haben, um den Richter zu einer allseitigen Prüfung der Formgültigkeit des Protestes zu veranlassen. Von einer Anwendung der Vorschrift in § 252 der CPO. kann schon aus den vorstehenden Gründen nicht die Rede sein; sie würde eventuell aber auch aus dem Grunde nicht statthaben, weil durch die Zulassung des Einwandes die Erledigung des Rechtsstreites, wie der Erfolg zeigt, keineswegs verzögert wird.

Der nurgedachte Einwand ist aber auch materiell erheblich. Der Klagwechsel, seiner Form nach ein eigener Wechsel Otto Hermann F.'s, ist datirt: E., den 1. Juli 1880. E. ist daher der Ausstellungsort des Wechsels, d. h. der Ort, an welchem derselbe, soweit die Beurtheilung der aus dem Wechsel abzuleitenden wechselmäßigen Rechte und Verpflichtungen handelt, als ausgestellt zu gelten hat, gleichviel, ob dies dem wahren Sachverhalte entspricht, da bei

der formalen Natur des Wechsels der in dem Wechselpapiere schriftlich bekundete Wille der Betheiligten, soweit es sich wenigstens um ihrer Disposition frei unterliegende Bestandtheile der Wechselobligation handelt, allein entscheidet. Der Klagwechsel benennt nicht einen besonderen Zahlungsort. Nach Art. 97 der WO. gilt der Ort der Ausstellung für den eigenen Wechsel, insofern nicht ein besonderer Zahlungsort angegeben ist, als Zahlungsort und zugleich als Wohnort des Ausstellers. Demzufolge hat auch, anlangend den vorliegenden Wechsel, E. als Zahlungsort und zugleich auch als Wohnort des Ausstellers F. zu gelten. Es hat nach dem Gesetze als Zahlungsort und als Wohnort des Ausstellers zu gelten, d. h. nach dem durch die Ausstellung des Wechsels, durch dessen Geben und Nehmen bekundeten übereinstimmenden Willen der aus dem fraglichen Wechsel Berechtigten und Verpflichteten war E. in Bezug auf alle rücksichtlich des Wechsels vorzunehmenden wechselmäßigen Acte als Zahlungsort und als Wohnort des Ausstellers zu behandeln, ohne Rücksicht darauf, ob E. wirklich der Wohnort F.'s war, oder nicht. Diese Festsetzung war eine innerhalb der Dispositionsfreiheit der Betheiligten liegende. Die Bezeichnung des Wechselzahlungsortes Seiten der Parteien ist, sofern nur derselbe ein einzelner, bestimmter Ort ist, weder durch die Deutsche Wechselordnung, noch sonst durch ein Gesetz an gewisse Schranken gebunden. Die durch die auf dem Wechsel bewirkte Angabe des Ausstellungsortes stillschweigend erfolgende Wahl desselben als Wohnort des Ausstellers dagegen hat nur die Bedeutung, daß alle Betheiligte die an dem Ausstellungsorte vorgenommenen wechselmäßigen Handlungen so wider sich gelten lassen wollen, als wären sie am Wohnorte desselben — stimmt derselbe zufällig mit dem Wechselausstellungsorte nicht überein — bewirkt worden. Der Rechtswirksamkeit einer solchen Vereinbarung steht keine gesetzliche Vorschrift entgegen. Es gelten also beim eigenen Wechsel in Betreff des Ausstellers in der vorgedachten Beziehung die nämlichen Grundsätze, welche Art. 4 sub 8 der Deutschen WO. rücksichtlich des Bezogenen statuirt (vgl. über letztere Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XI. S. 186 flg., Borchardt, Wechselordnung ed. VII. Zus. 164, Hartmann, Wechselrecht S. 169).

Zur Erhaltung des wechselmäßigen Regreßrechtes gegen den

Beklagten, als Indossanten des Klagwechsels war nach Art. 98 unter 6 verbunden mit Art. 41 der Deutschen WO. erforderlich, daß der letzte Inhaber des Wechsels denselben rechtzeitig, d. h. an dem im Wechsel benannten Zahlungstage oder innerhalb der folgenden zwei Werktage, dem Aussteller an dem aus dem Wechsel zu entnehmenden Zahlungsorte zur Zahlung vorlegte, und, unterblieb die Zahlung, diese Thatsache durch einen noch innerhalb der vorgenannten Frist erhobenen Protest feststellen ließ. Da nach dem oben Bemerkten in Ansehung des Klagwechsels E. den Zahlungsort bildete, so war an sich auch nur hier die Erhebung eines Protestes Mangels Zahlung mit rechtlicher Wirksamkeit möglich. Der Klagwechsel ist aber nach Ausweis der Klaganlage B. nicht in E., sondern in D. Mangels Zahlung protestirt worden. Demgemäß stellt sich der vorgelegte Protest als illegal, und in nothwendiger Folge dessen der klagbar gemachte Regreßanspruch als in vollem Umfange unbegründet dar.

Es fragt sich, ob an dem vorstehenden Ergebnisse dadurch etwas geändert werde, daß

a) auf der Vorderseite des Klagwechsels, am Fuße desselben links, der Vermerk sich findet: „auf mich selbst, hier und aller Orten“,

b) Inhalts des Protestes von dem betreffenden Notar festgestellt worden ist, daß der Aussteller des Klagwechsels, F., zur Verfallzeit desselben in D. gewohnt habe.

Beide Fragen sind zu verneinen. Denn die Clausel „hier und aller Orten“ hat nach der ihr im Verkehrsleben allgemein zugestandenen und demgemäß auch in der rechtlichen Praxis anerkannten Bedeutung nur einen rein prozessualen, den Gerichtsstand des Wechselschuldners betreffenden Werth. Sie bestimmt dagegen weder einen Zahlungsort, noch vermag sie in nothwendiger Consequenz dessen einen im Wechsel ausdrücklich bezeichneten oder aus demselben kraft gesetzlicher Vorschrift sich ergebenden Zahlungsort zu entkräften (vgl. Hartmann, Wechselrecht S. 168, Thöl, Wechselrecht ed. II. S. 173 und S. 757, Hoffmann, ausführliche Erläuterung der allgemeinen Deutschen WO. § 129 S. 648, Renaud, Lehrbuch des allgemeinen Deutschen Wechselrechts S. 264 (ed. 3), Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. IV. S. 263 und 386 flg., Borchardt, WO. ed. VII. Zus. 978 b. c. d.).

Der unter b gedachte Thatumstand dagegen erscheint aus dem Grunde bedeutungslos, weil der Zahlungsort, speciell des eigenen Wechsels, lediglich durch die bezügliche ausdrückliche oder aus dem Gesetze zu interpretirende Angabe im Wechsel bestimmt wird, nicht aber nach dem jeweiligen Wohnorte des Wechselschuldners, des Ausstellers des eigenen Wechsels, sich richtet. So wenig beim eigenen Wechsel, ist in demselben ein besonderer Zahlungsort nicht benannt, darauf etwas ankommt, daß der Ausstellungsort, welcher solchenfalls nach dem Gesetze als Zahlungsort gilt, mit dem wirklichen Wohnorte des Ausstellers zusammenfalle, so wenig kann folgerecht von Bedeutung werden, ob der Aussteller zur Verfallzeit des Wechsels einen anderen Wohnsitz hat, als im Zeitpunkte seiner Ausstellung. Die durch die Ausstellung und das Geben und Nehmen des eigenen Wechsels perfect gewordene vertragsmäßige Festsetzung des Zahlungsortes, welche keinerlei Absehen auf den wirklichen Wohnort des Ausstellers richtete, kann durch eine Seiten des Letzteren nachmals bewirkte Verlegung seines Wohnsitzes an einen anderen Ort in keiner Weise beeinflußt werden (vgl. auch in Betreff des gleicher rechtlicher Beurtheilung unterliegenden Falles des Art. 4 sub 8 der WO.: Hartmann, Wechselrecht S. 169, Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XIV. S. 119 flg., Annalen des Königlich Sächsischen Oberappellationsgerichts, N. F. Bd. I. S. 558). Festzuhalten ist, daß im gegenwärtigen Falle der Wechsel in einer anderen Ortschaft, als in dem aus dem Wechsel sich ergebenden Zahlungsorte, Mangels Zahlung protestirt worden ist.

Nun kann zwar noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht wenigstens mit Zustimmung des Ausstellers des eigenen Wechsels demselben der Wechsel an einem anderen Orte (Ortschaft) als dem aus dem Wechsel zu entnehmenden Zahlungsorte zur Zahlung präsentirt und rechtswirksam hier Mangels Zahlung protestirt werden könne. Es bedarf jedoch im vorliegenden Falle einer Beantwortung der vorstehenden, insbesondere mit Rücksicht auf den Wortlaut der Bestimmung in Art. 91 Abs. 1 der Deutschen WO. nicht zweifelsfreien Frage nicht. Denn der vorgelegte Protest legt in keiner Weise ein Einverständniß F.'s damit dar, daß der Wechsel ihm in D. zur Zahlung vorgelegt und hier protestirt worden ist, da die Präsentation des Wechsels zur Zahlung in Abwesenheit F.'s an dessen Ehefrau erfolgt

ist, und die von derselben auf das Zahlungsbegehren abgegebene Erklärung dahin lautet, sie lehne die Zahlung ab, da ihr Mann verreist sei und ihr keinen Auftrag ertheilt habe.

Die Annahme eines Einverständnisses F.'s mit einer in D. erfolgenden Vorlegung des Wechsels zur Zahlung wird hierdurch nicht nur in keiner Weise begründet, sondern eher noch widerlegt, indem die Antwort der verehel. F. darauf hinzudeuten scheint, daß ihr Ehemann gar nicht erwartet habe, daß der Wechsel ihm in D. zur Zahlung werde vorgelegt werden.

Aus dem vorstehend Dargelegten folgt, daß die erhobene Klage als Wechselregreßklage, und zwar ihrem vollen Umfange nach, unbegründet ist. Unter diesen Umständen ist an sich ein Eingehen auf den im Thatbestand des gegenwärtigen Urtheils unter b berührten Einwand des Berufungsklägers*) entbehrlich. Doch möge nicht unbemerkt bleiben, daß derselbe für begründet nicht würde haben erachtet werden können. Denn aus der Vorschrift in Art. 47 der Deutschen WO. folgt von selbst, daß demjenigen Indossanten, welcher seinem Indossamente keine Ortsbezeichnung beigefügt hat, die erfolgte Protesterhebung Mangels Zahlung nicht zu notificiren ist. Die formale Natur der wechselrechtlichen Bestimmungen, welche von den zur Erhaltung der wechselmäßigen Ansprüche erforderlichen Acten handeln, läßt für die Anwendbarkeit der vorgedachten Vorschrift einflußlos erscheinen, ob der Regredient den — im Wechsel nicht bekundeten — Wohnort seines Vormannes zufällig gekannt habe. In diesem Sinne — für die Verneinung der Verpflichtung des Regredienten zur Notification der erfolgten Protesterhebung Mangels Zahlung an den Indossanten, welcher seinem Indossamente eine Ortsbezeichnung nicht beigefügt hat, dessen Wohnort aber dem Regredienten anderswoher bekannt ist — haben sich mehrere Rechtslehrer und Gerichtshöfe ausgesprochen (vgl. Hoffmann, Ausf. Erl. der WO. S. 414, Volkmar und Löwy, WO. § 119 S. 183, Hartmann, Wechselrecht S. 400, Borchardt, WO. ed. VII. Zus. 565, Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd. XVIII. S. 138, Wochenblatt für merkwürdige

*) Es sei ihm die erfolgte Protesterhebung nicht notificirt worden. D. R.

Rechtsfälle Jahrg. 1871 S. 328, Wengler's Archiv für civ. Entsch. Bd. IV. S. 213, Bd. VI. S. 47 flg.). Der vorgedachte, aus Art. 47 der Deutschen WO. abzuleitende Rechtsgrundsatz wird selbsteinleuchtend dadurch nicht alterirt, daß im einzelnen Falle, wie insbesondere in dem gegenwärtigen, außer demjenigen Indossanten, welcher seinem Indossamente eine Ortsbezeichnung nicht beigefügt hat, ein weiterer Vormann nicht vorhanden ist.

Es bleibt nur noch übrig, zu untersuchen, ob der Klaganspruch in demjenigen thatsächlichen Vorbringen des Klägers eine zureichende Stütze finde, welches in dem Thatbestande des gegenwärtigen Urtheils unter I bis VII zusammengestellt worden ist. Einer Beachtung dieses Vorbringens läßt sich nicht schon das Bedenken entgegenhalten, daß dasselbe nicht bereits in die Klagschrift Aufnahme gefunden habe, und als eine wesentliche Klagänderung aufgefaßt werden müsse. Denn wäre selbst letzteres an sich richtig, so würde doch zu Gunsten des Klägers in Betracht zu gelangen haben, daß nach dem Thatbestande des vorigen Urtheiles der Beklagte der formellen Berücksichtigung des nurgedachten Vorbringens nicht widersprochen hat, unter diesen Umständen aber die Vorschrift in § 241 der CPO. gegen ihn Platz greift.

Jenes spätere Anführen des Klägers erscheint aber materiell nicht geeignet, den erhobenen Klaganspruch zu begründen.

Die in dem Thatbestande des gegenwärtigen Urtheiles unter I ersichtliche Behauptung*) würde nur dann für erheblich erachtet werden können, wenn aus derselben mit Klarheit sich ergäbe, daß der Beklagte beabsichtigt habe, neben und außer der durch die Girirung des F.'schen Wechsels contrahirten Wechselschuld eine völlig selbstständige, lediglich nach den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Rechts zu beurtheilende bürgschaftliche Verpflichtung wegen der F.'schen Darlehns- und Wechselschuld gegen den Kläger zu übernehmen, dergestalt, daß er aus dieser Bürgschaft selbst für den Fall habe verhaftet bleiben wollen, daß seine Zahlungsverbindlichkeit aus seinem Giro für erloschen zu gelten hätte. Eine solche weitgehende Absicht

*) Der Inhalt dieser Behauptung ergiebt sich aus obiger Darlegung selbst. D. R.

des Beklagten ergiebt sich aber aus den von dem Kläger vorgetragenen Thatsachen in klarer Weise nicht nur nicht, sondern es legen sogar die von dem Beklagten gebrauchten Worte: „da er für diese 6000 M. bürge und zu diesem Zwecke auf dem F.'schen Wechsel sich durch sein Giro dem Kläger mit verpflichten wolle" mit voller Deutlichkeit den Willen des Beklagten dar, die Bürgschaft durch die Girirung des F.'schen Wechsels zu leisten. Die Bürgschaft und das Giro sind in der Erklärung des Beklagten in eine unmittelbare, gegenseitige Beziehung gebracht, das Giro sollte nicht zu der Bürgschaft hinzutreten, ein Bestärkungs-, Sicherungs- oder bequemeres Realisirungsmittel bieten, sondern das Giro sollte die Bürgschaftsgewährung bezwecken, die Form darstellen, in welcher das Bürgschaftsversprechen überhaupt geleistet wurde. Von selbst folgt hieraus, daß nach der — nothwendig auch von dem Kläger zu erkennenden — Intention des Beklagten das Maß seiner bürgschaftlichen Verpflichtung mit dem Umfange und den Grenzen seiner Haftung aus dem gegebenen Giro sich decken, daß die erstere mit der Verbindlichkeit aus seinem Indossamente sich vollständig identificiren, daß also mit dem Wegfall der letzteren auch von der ersteren nicht die Rede sein solle. Die erkennbare Willensabsicht des Beklagten ging mithin nur dahin, dem Kläger ein auf das von dem Beklagten gegebene Giro sich stützendes Klagrecht zu gewähren, nicht aber noch ein weiteres. Die Verhältnisse sind demnach übereinstimmend mit denjenigen, welche den in den Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts Bd .II. S. 360 flg. (vgl. insbesondere S. 366) sowie in Seuffert's Archiv Bd. 33 no. 25 abgedruckten Erkenntnissen unterliegen. Jedenfalls aber, und wollte man selbst den vorstehenden Ausführungen nicht beitreten, ist in der Erklärung des Beklagten nicht in klaren Worten die Uebernahme einer über das Maß seiner Haftung aus seinem Giro hinausgehenden bürgschaftlichen Verpflichtung zu finden, und muß im Zweifel, sowie im Mangel sonstiger, eine gegentheilige Absicht der Betheiligten anzeigender Thatumstände die Eingehung der geringeren Verpflichtung als von dem Beklagten gewollt gelten. Die von dem Kläger auf die im Vorstehenden berührte Aeußerung des Beklagten abgegebene Erklärung kann nur als die Annahme des von dem Beklagten geleisteten Versprechens, also eines Versprechens des soeben dargelegten, beschränkten

Inhaltes, aufgefaßt werden, und legt übrigens ebenfalls nicht mit genügender Klarheit dar, daß der Kläger ein mehreres zu fordern beabsichtigt, oder die Zusage desselben in einem anderen, als dem aus dem Obigen zu entnehmenden Sinne, verstanden habe. Nach alledem ist das Vorbringen unter I ungeeignet, den Klaganspruch zu berühren.*)

3.

Haftung des Mitunterzeichners des Wechsels nach Art. 81 der D. WO. — Nichtigkeit des der Eingehung der Wechselverbindlichkeit materiell zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes, als wirksame Begründung einer Ausflucht gegenüber der Wechselklage; Art. 82 der D. WO.

Urtheil des OLG.'s (Ferien-Sen.) v. 9. Septbr. 1882 no. 155 1882 O. I.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Kläger hat gegen die Beklagten im Wechselprozesse Klage auf solidarische Zahlung von 500 Mark mit Zinsen zu 6 vom Hundert jährlich vom 13. Juni 1882 (dem ersten Verhandlungstermine) erhoben. Die Klage beruht auf einer mit „Hermann W." und darunter mit „D. L." unterschriebenen, am 1. Juni 1882 zahlbar gewesenen Tratte über 500 Mark d. d. D. d. 1. März 1882, welche an die Ordre „von mir selbst" lautet, mit dem Accepte von „Emma W. in Firma H. W." als der Bezogenen versehen ist und auf der Rückseite den durchstrichenen Namen Hermann W. und eine durchstrichene Quittung H. Z.'s trägt. Nach dem Einverständnisse der Parteien ist die Tratte von dem Kläger (Hermann W.) ausgestellt, von dem Beklagten L. unterzeichnet; das Accept rührt von der Mitbeklagten her, welche die Ehefrau des Klägers ist und mit dessen Genehmigung in D. ein Cigarrengeschäft unter der Firma H. W. betreibt. Von den Beklagten ist die Abweisung der Klage beantragt worden und zwar von L. allein, weil er nicht aus dem Wechsel hafte, da derselbe nicht protestirt sei, von ihm und der verehel. W. zusammen auf Grund der Einrede, daß der Wechsel auf Grund eines Vertrags der W.'schen Eheleute

*) Die übrigen oben gedachten Aus- u. Anführungen Klägers unter II bis IV. interessiren hier nicht weiter. D. R.

gegeben worden sei, welcher die Herbeiführung der Scheidung ihrer Ehe bezweckt habe und deshalb nichtig sei. Die vorige Instanz hat den Kläger mit der Klage abgewiesen und zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt.

Der von dem Kläger verlesene Berufungsantrag geht dahin, beide Beklagte dem Klaggesuch gemäß und zur Tragung der Kosten beider Instanzen zu verurtheilen. Der Kläger hat das Original des streitigen Wechsels, welches von den Beklagten als der in der ersten Instanz vorgelegte Wechsel anerkannt worden ist, vorgelegt und die Richtigkeit der in den Gründen des vorigen Urtheils ausgesprochenen Rechtssätze und Folgerungen bestritten. Die Beklagten haben beantragt, die Berufung zurückzuweisen und den Kläger zur Tragung der Kosten zu verurtheilen. —

Entscheidungsgründe.

I. Die Ansicht der vorigen Instanz, daß dem Kläger aus dem beigebrachten Wechsel gegen den Mitbeklagten L. ein Anspruch nicht zustehe, ist begründet und die dagegen von dem Kläger vorgebrachten Einwendungen erscheinen unbeachtlich. Nach art. 81 der WO. trifft die wechselmäßige Verpflichtung den Aussteller, den Acceptanten und den Indossanten des Wechsels, sowie einen Jeden, von welchem der Wechsel, die Wechselkopie, das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet worden, selbst wenn er sich dabei als Bürge bezeichnet hat. Während der erste Theil dieser Bestimmung im Grunde nur das wiederholt, was an frühern Stellen des Gesetzes, insbesondere in art. 8, 23 und 14, gesagt ist, läßt die Fassung ihres zweiten Theils, sofern die Mitunterzeichner nach dem Gegenstande der Mitunterzeichnung geschieden werden, erkennen, daß die Art der auf letzterer beruhenden Wechselverpflichtung sich danach zu richten hat, ob der Wechsel oder das Accept oder das Indossament mitunterzeichnet ist. Die gedachte Vorschrift besagt daher, daß diejenige wechselmäßige Verpflichtung, welche den alleinigen Aussteller eines Wechsels oder eines Accepts oder eines Indossaments trifft, auch jeden der mehreren Aussteller der einen oder andern dieser Wechselerklärungen treffen und daß in gleicher Weise die wechselmäßige Verpflichtung desjenigen, welcher auf einer Wechselkopie eine Wechselerklärung unterzeichnet hat

eintreten soll, je nachdem dies der Wechsel oder das Accept oder ein Indossament ist (vgl. Thöl, Wechselrecht 4. Ausg. § 144 nota 12). Hieraus ergiebt sich die Unrichtigkeit der Meinung des Klägers, daß es gleichgültig sei, an welcher Stelle der Wechselurkunde die Namenszeichnung des Mitbeklagten L. sich befinde, und daß in Ermangelung einer Beschränkung der Mitunterzeichnung auf den Aussteller, der Mitbeklagte ebenso als Acceptant, wie als Aussteller zu haften habe. Da, wie auch die Ansicht des Originalwechsels ergeben hat, die Namenszeichnung L.'s unter der des Klägers sich befindet, haftet derselbe aus dem Wechsel für dessen Zahlung nur, wie der Aussteller. Nach art. 41 der WO. haftet jedoch der Aussteller eines Wechsels für dessen Zahlung nur im Regreßweg, dafern der Wechsel wegen Mangels Zahlung rechtzeitig protestirt worden ist. Letzteres ist nach der eigenen Angabe des Klägers nicht geschehen. Es braucht daher auch nicht untersucht zu werden, ob im Falle der Protesterhebung der Kläger in seiner Eigenschaft als Aussteller gegen L. als den Mitaussteller auf Grund des Wechsels und des Protests hätte Regreß nehmen können. Bei dieser Sachlage und da die Klage eben nur auf dem Wechsel beruht, erscheinen die sonstigen Einwendungen des Klägers offenbar hinfällig.

II. Die Klage gegen die verehel. W. ist, da sie das auf dem Wechsel befindliche Accept anerkannt hat, an sich begründet und erwiesen. Dasselbe hat von der vorgeschützten Einrede zu gelten. Die von der Beklagten angeführte mündliche Beredung der Parteien (vgl. den vorigen Thatbestand unter 1) läßt sich nicht etwa in der Weise auffassen, daß neben einem an die Bedingung des Ankaufs des Cigarrengeschäfts Seiten der verehel. W. geknüpften Abkommen der Parteien über die Scheidung ihrer Ehe ein unbedingter Kaufvertrag über dieses Geschäft zwischen denselben zu Stande gekommen wäre. Vielmehr stellt sich jene mündliche Beredung in Rücksicht auf die Einheit der Verhandlung und den innern Zusammenhang, in welchem die dabei getroffenen Festsetzungen mit einander stehen, als ein Vertrag dar, durch welchen einerseits die verehel. W. das Cigarrengeschäft des Klägers von diesem mit der Maßgabe gekauft hat, daß dieser Kauf zum Schein in die Form eines Kaufs zwischen dem Kläger und dem Mitbeklagten L. und eines Kaufs zwischen

Letzterem und der verehel. W. eingekleidet werden sollte, andrerseits der Kläger seiner Ehefrau das Versprechen gegeben hat, sie frei zu geben und sich von ihr scheiden zu lassen. Das diesfallsige Vorbringen der Beklagten ist in erster Instanz nach § 428 der CPO. dadurch erwiesen worden, daß die Beklagte den von ihr darüber zugeschobenen, ihr von dem Kläger zurückgeschobenen Eid, dessen Leistung nach § 558 Abs. 4 durch Beweisbeschluß angeordnet worden war, geschworen hat. Diese Eidesleistung behält nach § 495 ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz, da der erwähnte Beweisbeschluß für gerechtfertigt zu achten ist. Jener Vertrag ist seinem Inhalte nach zum Zweck der Scheidung der Ehe der Parteien abgeschlossen, er hat deßhalb eine den guten Sitten widerstreitende Handlung zum Gegenstand und ist aus diesem Grunde nach §§ 90, 793 des BGB.'s für nichtig zu achten. Zwar ist unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht auf Ehescheidung gesetzlich anerkannt (§ 1712 flg. des BGB.'s). Allein eine willkührliche Verfügung über den Fortbestand der Ehe ist nach deren Wesen den Eheleuten entzogen (vgl. § 1711 des BGB.'s) und deßhalb ist ein die Beförderung der Ehescheidung bezweckender Vertrag als ein solcher anzusehen, welcher gegen die guten Sitten verstößt, ohne Rücksicht darauf, ob dem einen oder andern der contrahirenden Eheleute ein gesetzlich anerkannter Scheidungsgrund zur Seite gestanden hat oder nicht. Nach § 103 des BGB.'s sind nichtige Rechtsgeschäfte so anzusehen, als wären sie nicht errichtet. Der Kläger wäre also außer Stande gewesen, auf Grund des fraglichen Vertrags von seiner Ehefrau die Bezahlung des Kaufpreises zu fordern. Er hat nun zwar mit der vorliegenden Klage von seiner Ehefrau Zahlung eines von dieser acceptirten Wechsels, den er ausgestellt hat, gefordert. Allein durch Zugeständniß des Klägers ist erwiesen, daß er diesen Wechsel von der verehel. W. mit zur Begleichung des Kaufpreises für das Cigarrengeschäft erhalten hat. Wegen der Nichtigkeit dieses Kaufs ist dem Kläger auch die Ausübung des aus dem Accept der genannten Beklagten sich ergebenden Klagrechts entzogen, da der diesfallsige Einwand der Letzteren unmittelbar gegen den Kläger zusteht (art. 82 der WO.). Dieser Auffassung steht selbst die Vorschrift in § 1543 des BGB.'s nicht entgegen. Insofern nämlich der verehel. W. bei dem Abschlusse des Vertrags und damit

auch bei der Hingabe des Accepts eine Unsittlichkeit zur Last fällt, würde nach jener Vorschrift ein Anspruch derselben auf Rückgabe der von ihr gezahlten Wechselsumme ausgeschlossen sein. Die Zahlung der Letztern hat aber eben nicht stattgefunden, vielmehr geht der Zweck der Einrede nur auf Befreiung der Beklagten von der Verpflichtung zur Erfüllung ihres Wechselversprechens und diesem Verlangen steht § 1547 des BGB.'s zur Seite.

Aus diesen Gründen war die Berufung zurückzuweisen.

Civilrecht.

5.

Rechtliche Gesichtspunkte bezüglich der Haftbarkeit des Verkäufers **städtischer Baustellen** auf Grund der von ihm bewirkten Angabe einer **bestimmten Straßenfrontlänge** derselben; §§ 1097, 822, 116, 773 flg., 835, 1504 des BGB.'s — Vertretung der Arglist des Beauftragten Seiten des Auftraggebers bei den vom Ersteren für Letzteren abgeschlossenen Verträgen?

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 23. Jan. 1882 no. 326 O. I. 1880.

Entscheidungsgründe.

Dem Kläger ist die Widerlegung der Gründe noch nicht gelungen, vermöge deren in dem angefochtenen Theilurtheile die von ihm erhobene Klage insoweit abgewiesen worden ist, als er mittels der letzteren Ansprüche gegen die Mitbeklagte*) daraus herleitet, daß bei den mündlichen Verhandlungen über den von der Mitbeklagten durch ihren Ehemann als ihren Bevollmächtigten an ihn bewirkten Verkauf der oben bezeichneten beiden Grundstücke hinsichtlich jedes derselben eine Straßenfrontlänge von je 28 Ellen ihm Seiten des Ehemannes der Mitbeklagten wahrheitswidrig zugesichert worden sei. Der Kläger sucht seine diesfallsigen Ansprüche zunächst darauf zu gründen, daß diese Zusicherung als eine nach den §§ 899 flg., 906, 922, 923 des BGB.'s zu beurtheilende Garantieleistung für das Vorhandensein eines bestimmten Flächeninhalts jener beiden Grundstücke

---

*) Beklagter ist der im Texte gedachte Ehemann der Mitbeklagten; die wider diesen Ehemann erhobenen Ansprüche interessiren hier nicht weiter.
D. R.

aufzufassen sei, kraft welcher ihm die Mitbeklagte nicht nur für den Betrag von 1956 M. 93 Pf., um welchen der Werth der 2 Grundstücke hinter dem dafür bewilligten Kaufpreise um deswillen zurückbleibe, weil dieselben um 23,60 Quadratmeter kleiner seien, als sie nach obiger Zusicherung hätten sein müssen, sondern auch für die sonstigen hierdurch ihm entstandenen und noch entstehenden Schäden aufzukommen habe.

Es ist indeß schon zweifelhaft, ob die Angabe einer bestimmten Straßenfrontlänge der 2 Grundstücke ohne Weiteres als Zusage eines bestimmten Flächeninhalts der letzteren und insbesondere, ob sie auch als eine wirkliche, die Verkäuferin haftbar machende Garantieleistung für das Vorhandensein der angegebenen Frontlänge betrachtet werden könne, oder ob darin, zumal es sich um fest bereits abgegrenzte Grundstücke handelt, welche vor dem Kaufsabschlusse nach der beeideten Aussage des Zeugen G. vom Kläger speciell besichtigt worden sind, blos eine nähere Bezeichnung der Grundstücke enthalten sei,

vgl. § 1097 des BGB.'s und Annalen des vorm. Königl. OAG.'s II. F. Bd. 5 S. 55.

Selbst wenn aber unter den hier vorliegenden besonderen Verhältnissen den obigen Zweifeln kein Gewicht beizulegen und mit Rücksicht darauf, daß städtische Baustellen in Rede stehen, in der Angabe einer bestimmten Straßenfrontlänge ohne Weiteres eine Garantieleistung für das Vorhandensein eines bestimmten Flächeninhalts zu erblicken wäre,

vgl. die gedachten Annalen, II. F. Bd. 4 S. 475 flg.,

so würde doch die vor Aufsetzung und Vollziehung der Kaufsurkunde mündlich bewirkte Garantieleistung, da dieselbe in diese Urkunde nicht mit aufgenommen worden ist, obgleich ein Grundstückskauf in Frage ist (s. § 822 des BGB.'s) und obgleich es sich bei derselben um einen, den Vertragsleistungen der Verkäuferin in Bezug auf die Größe des Grundstücks erweiternden Zusatz zu dem Vertrage handelt, nach § 826 des BGB.'s für die Mitbeklagte als unverbindlich zu betrachten sein,

vgl. die gedachten Annalen, II. F. Bd. 4 S. 454 flg. und Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 46 S. 519 flg.

Wollte man ferner auch, im Anschlusse an die vom vormaligen Reichs-Oberhandelsgerichte in dessen Entscheidungen Bd. 6 S. 405 flg. in Bezug auf das gemeine und bez. das Handelsrecht entwickelten Grundsätze, bezüglich des sächsischen Rechtes ebenfalls davon ausgehen, daß innerhalb des contractlichen Verhältnisses zwischen dem Auftraggeber und dem Dritten, mit welchem ein Beauftragter im Namen des Auftraggeber verhandelt hat, der letztere für Arglist seines Beauftragten ganz im Allgemeinen, also auch in dem hier vorliegenden Falle bloser Schädenansprüche wegen eines durch die Arglist des Beauftragten hervorgerufenen Irrthums in Nebenpunkten (s. § 834 des BGB.'s) zu haften habe: so würde doch hieraus zu Gunsten des Klägers etwas nicht folgen. Denn da die mündlich erfolgte Zusage einer bestimmten Straßenfrontlänge in die später aufgesetzte und vollzogene Kaufsurkunde nicht mit aufgenommen worden ist, so hat sie irgend welche vertragsmäßige Wirkungen nach Obigem überhaupt nicht erzeugt und es vermag daher auch eine bei derselben vom Beauftragten behauptlich verhangene Arglist für die Beklagte eine Haftung auf Grund des Vertragsverhältnisses nicht zu begründen.

Demnach erübrigt nur noch die Frage, ob die Mitbeklagte dem Kläger, wie dieser an zweiter Stelle zur Klagbegründung geltend gemacht hat, wenigstens insofern haftbar sei, als die von dem Ehemanne derselben behauptlich wider besseres Wissen abgegebene Zusicherung zugleich eine widerrechtliche Handlung, eine Täuschung enthalte (s. die §§ 116, 773 flg., 835 und 1504 des BGB.'s), durch welche der Kläger geschädigt, bez. zu Bewilligung eines den Werth der Grundstücke übersteigenden Kaufpreises bewogen worden sei. Dies würde sich jedoch nur annehmen lassen, wenn die Mitbeklagte die behauptete Täuschung mit begangen, oder doch ihren Ehemann zu derselben angestiftet oder beauftragt, oder bei solcher als Gehülfin mitgewirkt hätte (s. die §§ 776, 777, 778 und 1504 des BGB.'s). Eine derartige Betheiligung der Mitbeklagten an der qu. Täuschung hat aber der Kläger der Mitbeklagten selbst nicht zur Last gelegt. Vielmehr ist der Mitbeklagten vom Kläger auch in seinen neueren Anführungen in jetziger Instanz ein Mehreres nicht beigemessen worden, als daß sie nach erlangter Kenntniß von der, Seiten ihres

Ehemannes behauptlich verhangenen Täuschung des Klägers solche ihrem Ehemanne gegenüber gutgeheißen habe. Dadurch jedoch würde sie weder die Täuschung Klägers mit ausgeführt oder irgendwie angeregt und veranlaßt, noch bei derselben Hülfe geleistet haben. Letzteres um so weniger, als nach Klägers eigener Sachdarstellung später der Täuschung weitere Folge nicht gegeben, sondern von Aufnahme der, angeblich wahrheitswidrigen Zusicherung in die später aufgesetzte und vollzogene Kaufsurkunde, mit dem dadurch thatsächlich zu erkennen gegebenen Einverständnisse des Klägers, ganz abgesehen worden ist. Dafür aber, daß etwa die Mitbeklagte mit ihrem Ehemanne, als dem Urheber der widerrechtlichen Handlung, den Gewinn aus derselben getheilt, oder von ihrem Ehemanne einen Gewinn aus seiner widerrechtlichen Handlung unentgeltlich erhalten habe,

vgl. § 778 Satz 2 und 3 und § 1505 des BGB.'s,

hat Kläger irgendwelche zulängliche Angaben nicht gemacht. Auch würde die Mitbeklagte im letztgedachten Falle nur für eine etwaige Bereicherung haften. Eine solche Bereicherung der Mitbeklagten ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Klage und in jetziger Instanz würde eine solche überhaupt nicht mehr haben geltend gemacht werden können, da dies eine unstatthafte Klagänderung (s. die §§ 489 und 240 der CPO) enthalten würde. Demnach kann ganz dahin gestellt bleiben, ob unter den hier vorliegenden Verhältnissen und da die behauptete wahrheitswidrige Zusicherung für das Vertragsverhältniß der Parteien nach Obigem, zufolge unterbliebener Aufnahme derselben in die Vertragsurkunde, rechtlich ganz wirkungslos ist, mit der vorigen Instanz das Vorhandensein eines durch Täuschung erzeugten Irrthums (s. die §§ 833—835 des BGB.'s) bez. eines Betruges im Sinne § 1504 des BGB.'s anzunehmen sei.

6.

Vertragsabschluß Seiten einer **Actiengesellschaft** durch einen neben dem Vorstande für dieselbe bestellten **besondern Bevollmächtigten**; Art. 234 des D. HGB.'s. — Durch die beschlossne Liquidation der Gesellschaft kommt an sich eine solche Vollmacht nicht zum Erlöschen. Gegenseitige Willens-

erklärungen der Interessenten als Merkmale der endgültigen Willenseinigung derselben. — Ein unter auflösender Bedingung erklärter **Verzicht auf eine Grunddienstbarkeit** bringt diese sofort zum Erlöschen, §§ 590, 110, 112, 875 des BGB.'s.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 26. Jan. 1882 no. 212 O. I. 1881.

Entscheidungsgründe.

Die Klägerin*) ist durch die in dem angefochtenen Urtheile ausgesprochene Klagabweisung nicht beschwert und ihre Ausführungen sind nicht geeignet, die eingelegte Berufung zu rechtfertigen.

Nach dem anerkannten Protocolle Bl. der Landgerichtsacten über die am 4. Oktober 1875 stattgehabte Sitzung des Aufsichtsraths der vormaligen „X.'er Actienmühlengesellschaft" hat dieser Aufsichtsrath seinem Vorsitzenden, Eduard K., zufolge der von demselben mit der Generaldirektion der Königl. Sächsischen Staatseisenbahnen über die von dieser beanspruchte Beseitigung des dem Walkmühlengrundstücke der Gesellschaft gehörigen Fahrwegs gepflogenen und dem Aufsichtsrathe mitgetheilten Verhandlungen den bestimmten Auftrag ertheilt, der Generaldirektion um den Preis von 80,000 M. die Berechtigung zum Wegfalle des „Walkmühlenweges" (— worunter nach dem thatsächlichen Einverständnisse der Parteien der sog. Gallas'sche Weg zu verstehen ist, —) zu überlassen. Nachdem hierauf Ed. K. der Generaldirektion dies mitgetheilt, letztere aber im Auftrage des Königl. Finanzministeriums, als Vertreters des Beklagten, genanntem K. den Gegenvorschlag gemacht hatte, daß der von ihm vertretenen Gesellschaft für den Wegfall des Gallas'schen Weges eine Vergütung von 30,000 M. gewährt werden solle, — ist in der ferneren Sitzung jenes Aufsichtsrathes vom 8. März 1876 besage des Protocolls Bl. mit Bezug auf diesen Gegenvorschlag beschlossen worden, „es solle dem Finanzministerium eröffnet werden, daß man für weniger denn 40,000 M. dies Wegerecht nicht aufgeben werde" und „es werde Ed. K. nach dieser Richtung bei der Generaldirektion vorstellig werden". Dieser Beschluß enthält nach dem Zusammenhange, in welchem er mit dem Vorausgegangenen steht,

*) Die unter der Firma: „Dampfmühlen-Actiengesellschaft zu X." bestehende Actien-Gesellschaft; — Beklagter ist der Königl. Sächs. Staatsfiscus. D. R.

mit vollkommener Deutlichkeit eine Erweiterung des obigen an Ed. K. ertheilten Auftrags dahin, dem Beklagten die Aufgabe des fraglichen Wegerechts gegen eine Vergütung von 40,000 M. anzubieten, also zuzugestehen und um diese Summe abzuschließen. Diese Beauftragung war für die Gesellschaft verbindlich. Denn der Aufsichtsrath war, wie feststeht, deren „Organ" (s. Bl.) und nach Art. 234 des Allgem. Deutschen HGB.'s kann der Betrieb von Geschäften der Actiengesellschaft auch, neben dem Vorstande derselben, sonstigen Bevollmächtigten übertragen werden. Auch handelt es sich bei dieser Beauftragung um eine innere Angelegenheit der Gesellschaft, hinsichtlich welcher der Aufsichtsrath unstreitig zuständig war, während dem bestellten Vorstande die Vertretung nach außen oblag, s. Bl. Könnte man hierunter gleichwohl noch zweifelhaft sein, so würde doch jedes Bedenken dadurch beseitigt sein, daß der damalige Vorstand der Gesellschaft, Bernhard K., besage der gedachten Protocolle in beiden Aufsichtsraths-Sitzungen zugegen war und dem an seinen Vater Ed. K. vom Aufsichtsrathe ertheilten Auftrage nicht widersprochen hat. Wäre also die Ertheilung dieses Auftrages als eine Sache des Vorstandes wirklich zu betrachten, so würde dieselbe dadurch in für die Gesellschaft verbindlicher Weise erfolgt sein, daß der Vorstand in seiner Gegenwart die Beauftragung widerspruchslos vom Aufsichtsrathe geschehen ließ, also diesen zu der Auftragsertheilung stillschweigend ermächtigte, s. § 1297 Satz 2 des BGB.'s.

Aus den weiteren, ebenfalls anerkannten Schriftstücken Bl. erhellt aber ausreichend, daß zwischen Ed. K., in Vertretung obiger Gesellschaft, und der Generaldirektion, als Beauftragter des den Beklagten vertretenden Königl. Finanzministeriums, ein bindendes Abkommen über verzichtsweise Aufgabe der dem Grundstücke der Gesellschaft in Bezug auf den qu. Weg zustehenden Grunddienstbarkeit gegen eine Vergütung von 40,000 M. zum Abschlusse gediehen ist. Ed. K.'s Erklärung im Schreiben an die Generaldirektion Bl., es sei beschlossen worden, von der früheren Forderung auf 40,000 M. herabzugehen, stellt in Verbindung mit dem Vorausgegangenen als ein bestimmtes, genügend deutliches Angebot zum Vertragsabschlusse gegen Gewährung einer Vergütung von 40,000 M. für Aufgabe des fraglichen Wegerechtes sich dar und dieses Angebot ist durch die von der Generaldirektion im Auftrage des Königl. Finanzministeriums an Ed. K. Bl. erfolgte schriftliche

Mittheilung vom 11. April 1876, sie sei vom genannten Finanzministerium ermächtigt worden, der von K. vertretenen Aktiengesellschaft die beanspruchte „Ablösungssumme“ von 40,000 M. zuzugestehen, angenommen worden. Auch ist die an das Angebot K.'s geknüpfte Bitte, dafür besorgt zu sein, daß die verlängerte F.-Straße bis zum R.'schen Wege hergestellt sei, bevor der Gallas'sche Weg geschlossen werde, von der Generaldirektion im Auftrage des Ministeriums im gedachten Schreiben vom 11. April 1876 ausdrücklich bewilligt und sodann, wie von der vorigen Instanz auf Grund von Orts- und Gerichtskundigkeit festgestellt worden ist (s. Bl.), thatsächlich auch erfüllt worden, da danach zur Zeit der Sperrung des Gallas'schen Weges, den 5. Februar 1881, die verlängerte F.-Straße fertig gestellt gewesen ist. Zwar ist die Bewilligung dieser Bitte von Seiten der Vertreterin des Beklagten zugleich mit dem Gegenvorschlag verbunden worden, daß auch die Auszahlung der 40,000 M. bis zur Sperrung „des abzulösenden Wegeüberganges“ hinausgeschoben werde. Allein dieser Gegenvorschlag hat in dem Nachfolgenden seine Erledigung gefunden. Es widersprach nämlich Ed. K. zwar dem Inhalte des Schreibens vom 11. April 1876 in seiner Antwort vom 20. desselben Monats Bl., aber ausdrücklich nur bezüglich der vorgeschlagenen Hinausschiebung der Auszahlung der 40,000 M. und bat, solche in 6—8 Wochen erfolgen zu lassen. Daran knüpfte er dann besage des Protocolls vom 20. April 1876 Bl. und der Actennotiz Bl. das Angebot, an den Grundstücken der Gesellschaft, dafern dieser dadurch keine Kosten entstünden, eine Cautionshypothek bis zur gänzlichen Sperrung des Weges wegen etwaiger Widersprüche Dritter zu bestellen und es ergiebt sich insbesondere aus der Actennotiz Bl., daß es sich dabei um einen, mit dem Antrage auf Zurückziehung der Bedingung wegen Hinausschiebung der Zahlungszeit verbundenen, bestimmten und der Acceptation fähigen Gegenvorschlag, — wie die Klägerin ohne Grund bezweifelt, — gehandelt hat. Diesen Gegenvorschlag aber hat das Königl. Finanzministerium ausdrücklich angenommen und hat in alsbaldige Auszahlung der 40,000 M., gegen Bestellung der angebotenen Cautionshypothek, sowie in Uebernahme der durch letztere entstehenden Kosten gewilligt, wie die Generaldirektion dem Ed. K. am 24. Mai 1876 schriftlich mitgetheilt hat, s. Bl. Damit war der Vertragsabschluß perfekt

und hieran hat dadurch nichts geändert werden können, daß die Auszahlung der 40,000 M. in Folge unterbliebener Bestellung der Cautionshypothek, welche von der Gesellschaft zu bewirken war, sich hinausgezogen hat.

Einflußlos ist, daß die Generaldirektion im Schreiben vom 11. April 1876 gesagt hat, sie sei ermächtigt, den Vertrag nach Erlaß der amtshauptmannschaftlichen Bekanntmachung „zum definitiven Abschlusse zu bringen". Denn abgesehen davon, ob dies beim Hinblicke auf den bestimmten Auftrag des Königl. Finanzministeriums vom 31. März 1876 (Bl.), den bezüglichen Vertrag nun definitiv zum Abschlusse zu bringen, nicht blos auf die übliche schriftliche Beurkundung solcher Verträge zu beziehen sein würde, ist jedes diesfallsige Bedenken dadurch beseitigt, daß in dem späteren Schreiben vom 24. Mai 1876, durch welches der K.'sche Gegenvorschlag vom 26. April 1876 acceptirt und damit endgültige Willensübereinstimmung zwischen den Contrahenten erzielt ward, von einer etwaigen Hinausschiebung des „definitiven" Vertragsabschlusses nichts mehr enthalten, hiermit also der Vertrag zweifellos zum bindenden Abschlusse gelangt ist.

Der Umstand, daß Ed. K. bei den erwähnten Zuschriften vom „Verwaltungs-" (— statt „Aufsichts-" —) Rathe gesprochen hat, ist ebenfalls gleichgültig, weil die sämmtlichen Schriftstücke beweisen, daß die obgenannte Actiengesellschaft es war, für welche K. handelte und als deren Stellvertreter ihn auch der Beklagte behandelt und angenommen hat und welche mithin als Contrahentin anzusehen ist.

Weiter ergiebt sich auch daraus kein Bedenken, daß die letzte Erklärung dieser Generaldirektion vom 24. Mai 1876 an K. erst erfolgt ist, nachdem in Folge beschlossener Auflösung der gedachten Actiengesellschaft die Liquidatoren am 25. Mai 1876 im Handelsregister eingetragen worden waren. Denn hierdurch ward die Existenz und äußere Organisation der Gesellschaft noch nicht aufgehoben,

vgl. Oberlandesgerichts-Annalen Bd. 2 S. 457 verbunden mit Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen Bd. 3 S. 55,

und ebensowenig wurden durch die Bestellung von Liquidatoren die von den bisherigen Organen der Gesellschaft eingegangenen Rechtsgeschäfte hinfällig, folglich auch nicht der an Ed. K. ertheilte Auftrag, in der vorliegenden Angelegenheit mit dem Beklagten abzuschließen. Von selbst

ist dieser Auftrag also nicht erloschen und widerrufen ist er von den Liquidatoren der Gesellschaft nicht worden,

vgl. die §§ 1319 flg. des BGB.'s.

Mithin konnte die Acceptationserklärung vom 24. Mai 1876 noch mit Wirkung von der Generaldirektion an Ed. K. für die Gesellschaft abgegeben werden,

vgl. § 788 des BGB.'s.

Weiter kommt auch für die Entscheidung darauf nichts an, daß, — wie die Klägerin geltend macht, — sowohl von der Generaldirektion als von Ed. K. und vom damaligen Gesellschaftsvorstande Bernhard K. später Aeußerungen und Erklärungen erfolgt sein sollen, welche mit der Annahme unvereinbar seien, daß ein fester Vertragsabschluß erfolgt sei. Denn hätte auch die Generaldirektion später der Ansicht Ausdruck gegeben, daß der Vertrag noch nicht bindend abgeschlossen sei, so würde die Aeußerung dieser irrigen Ansicht den durch die gegenseitig ausgetauschten Erklärungen rechtsverbindlich zu Stande gekommenen Vertrag nicht haben rückgängig machen können. Ebenso würde letzteres dadurch nicht haben herbeigeführt werden können, daß etwa die Generaldirektion abgelehnt hätte, selbst gegen Bestellung der qu. Cautionshypothek die 40,000 M. auszuzahlen; vielmehr würde hierdurch nur ein für die gegenwärtige Entscheidung einflußloser Verzug auf Seiten des Beklagten nach Befinden haben begründet werden können. Auch ist andrerseits, soviel das spätere Verhalten Ed. K.'s und Bernhard K.'s betrifft, der Bestand des nach Obigem in rechtsverbindlicher Weise zum Abschlusse bereits gelangten Vertrages nicht davon abhängig gewesen, ob Ed. K. und Bernhard K. geglaubt und gegen Dritte geäußert haben, ein bindender Vertragsabschluß sei noch nicht erfolgt, bez. ob sie später, als sie ihre hiermit nicht im Einklange stehenden eidlichen Zeugenaussagen erstatteten, bei reiflicher Erwägung aller Vorgänge sich etwa erst klar geworden sind, daß ein Vertrag doch bereits abgeschlossen sei. Die sämmtlichen in vorstehenden Beziehungen von der Klägerin aufgestellten Behauptungen, — einschließlich der, in dem auch jetzt wiederholten Antrage Y. vom 18. October 1881 enthaltenen, sind hiernach dergestalt unerheblich, daß es der Erhebung der dafür angebotenen Beweise nicht bedarf. Unerheblich ist namentlich auch, daß die Vergütung der 40,000 M. in Ed. K.'s Büchern nicht eingetragen stehen

soll. Denn ganz dahingestellt, ob diese Buchung nicht blos in Folge des Umstandes unterblieben ist, daß die Zahlung der 40,000 M. wegen der gegen die Sperrung des Gallas'schen Weges Seiten Dritter erhobenen Widersprüche und in Folge unterbliebener Bestellung der obgedachten Cautionshypothek sich hinauszog, — so konnte der abgeschlossene Vertrag nicht dadurch hinfällig werden, daß die Eintragung der 40,000 M. in die Bücher Ed. K.'s unterlassen worden ist, selbst wenn dies etwa in der irrigen Meinung erfolgt sein sollte, daß es darüber noch an einem verbindlichen Vertragsabschlusse fehle.

Auch daraus folgt zu Gunsten der Klägerin nichts, daß die Generaldirection in ihrem Schreiben an Ed. K. vom 24. Mai 1876 den Antrag an die Amtshauptmannschaft auf Erlaß öffentlicher Bekanntmachungen wegen der in's Werk zu setzenden Sperrung des Gallas'schen Weges in Aussicht gestellt hat. Denn damit ward die durch dieses Schreiben erfolgte Acceptation des Gegenvorschlags Ed. K.'s vom 26. April 1876 nicht entkräftet, noch eingeschränkt, sondern es war darin im Gegentheile bereits der Anfang der Vertragsausführung enthalten.

Unerheblich ist ferner, ob schon vor dem Schreiben der Generaldirection vom 24. Mai 1876 und bez. vor dem am 26. April 1876 erfolgten Gegenvorschlage Ed. K.'s zwischen letzterem und dem Generaldirector eine mündliche Vereinbarung, unter Handschlags-Austausch, erfolgt war oder nicht, da der maßgebende endliche Vertragsabschluß erst durch jenes Schreiben vom 24. Mai 1876 erfolgt ist. und ebenso ist unerheblich, ob im Aussichtsrathe der vormaligen X.'er Actienmühlengesellschaft Ed. K.'n erklärt worden ist, er könne in der Wegeangelegenheit machen, was er wolle, da in dieser Beziehung die in den obigen Aufsichtsraths-Protocollen verlautbarte Beauftragung K.'s von ausschlaggebender Bedeutung ist. Es bedarf folglich über diese Punkte keiner Erhebung der hierunter von der Klägerin angebotenen Beweise.

Das Nämliche endlich ist auch mit allen denjenigen Behauptungen und Beweisanträgen der Fall, welche darthun sollen, daß Ed. K. nicht befugt gewesen, die vormalige X.'er Actenmühlengesellschaft in gegenwärtiger Angelegenheit zu vertreten und durch seine Erklärungen rechtsgültig zu verpflichten, daß auch zwischen ihm und seinem Sohne Bernhard K., dem damaligen Vorstande genannter Gesellschaft, ein stetes Einverständniß über die von Ed. K. mit der Generaldirection

gepflogenen Verhandlungen keineswegs bestanden und daß namentlich Bernhard K. die letzten Erklärungen Ed. K.'s vom 16. April 1876 nicht und insbesondere nicht schon vor Eintritt der Liquidation der gedachten Gesellschaft genehmigt habe, insofern also die bezüglichen Zeugenaussagen Ed. K.'s und Bernhard K.'s unglaubhaft und bez. unwahr seien. Man steht indeß nicht an, in dieser Beziehung hervorzuheben, daß auch nach der vom Oberlandesgerichte gewonnenen Ueberzeugung durch die völlig glaubhafte und in den obgedachten Schriftstücken, sowie in den sonstigen begleitenden Umständen ganz wesentliche Unterstützung findende eidliche Zeugenaussage Bernhard K.'s ein derartig ausreichender Beweis für vorgedachte Thatsachen erbracht ist, daß man kein Bedenken gehabt haben würde, schon hiernach und ohne Erhebung der angebotenen weiteren Beweise das Urtheil der vorigen Instanz zu bestätigen, wenn nach Obigem überhaupt etwas darauf ankäme, ob Bernhard K. als damaliger Vorstand der X.'er Actienmühlengesellschaft, mit allen von seinem Vater Ed. K. in der Sache gethanen Schritten und abgegebenen Erklärungen sich einverstanden erklärt, oder doch dieselben noch vor dem 23. Mai 1876, dem Tage des Eintrages der Liquidatoren der genannten Gesellschaft in das Handelsregister, genehmigt habe. —

Soviel hiernächst aber die Frage betrifft, ob die Klägerin ihrerseits verbunden sei, den von Ed. K. Namens der vormaligen X.'er Actienmühlengesellschaft mit dem Beklagten abgeschlossenen Vertrag auch gegen sich gelten zu lassen: so kann von allen den Behauptungen und Beweisanträgen, durch welche die Klägerin auszuführen sucht, daß sie in die durch diesen Vertrag etwa erzeugten Verbindlichkeiten Ed. K.'s nicht eingetreten, letzterer auch nicht Universalrechtsnachfolger der nurgenannten Gesellschaft geworden sei, folglich aber auch seinerseits die Verbindlichkeiten nicht übernommen habe, ebenso wie von der ferneren Frage, ob die Klägerin befugt gewesen, ihre im vorigen Urtheile hierunter festgestellten Geständnisse noch in jetziger Instanz und ohne Bezugnahme auf einen hierbei untergelaufenen Irrthum (s. § 263 und 291 der CPO) zu widerrufen und zu bekämpfen, — um deswillen ganz abgesehen werden, weil die Klägerin schon als gegenwärtige Eigenthümerin der Walkmühlengrundstücke und als Besitznachfolgerin der vormaligen X.'er Actienmühlengesellschaft den rechtlichen Folgen des im Namen der letzteren durch Ed. K. abgeschlossenen Vertrages sich nicht entziehen kann. Denn

dieser Vertrag enthält einen, von Seiten der Eigenthümerin des herrschenden Grundstückes bewirkten Verzicht auf eine für letzteres bestellte Grunddienstbarkeit, welcher von Seiten des Beklagten, als Eigenthümers des dienenden Eisenbahn-Grundstücks, angenommen worden ist und vermöge dessen die fragliche Grunddienstbarkeit nach § 590 des BGB.'s sofort erlosch.

Zwar ergiebt sich aus den dem Vertragsschlusse vorausgegangenen Verhandlungen, daß der Vertrag von der Bedingung hat abhängen sollen, daß ein Widerspruch Dritter der beabsichtigten Sperrung des Gallas'schen Weges nicht entgegenträte. Allein aus den gedachten Verhandlungen und insbesondere daraus, daß nach Inhalt des Schreibens der Generaldirection vom 24. Mai 1876, durch welches der endliche Vertragsschluß zu Stande kam, die Zahlung der 40,000 M. gegen Bestellung der angebotenen Cautionshypothek alsbald und ohne Weiteres zugesagt worden war, geht ebenso deutlich hervor, daß durch jene Bedingung nicht, wie die Klägerin angenommen wissen will, die Vollendung des Vertrages hat hinausgeschoben werden sollen (s. § 108 des BGB.'s), sondern daß dieselbe lediglich die Natur einer auflösenden Bedingung gehabt hat, in dem Sinne, daß wenn ein begründeter Widerspruch gegen die Sperrung des Weges erfolgen und diese dadurch unausführbar gemacht werden sollte, der Vertrag alsdann wieder aufgehoben sein und die Entschädigung der 40,000 M. zurückgezahlt werden solle. Ganz abgesehen also davon, daß zur Zeit der später erfolgten, factischen Sperrung des Gallas'schen Weges der Nichteintritt obiger Bedingung bereits feststand, insofern die gegen diese Sperrung von Dritten erhobenen Widersprüche schon im Jahre 1880 durch Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde rechtskräftig zurückgewiesen worden sind, — ward der Vertrag mit dessen Abschlusse sofort für beide Theile bindend und wirksam,

vgl. die §§ 110, 112, 875 des BGB.'s.

Daraus folgt aber, daß auf Grund dieses Vertrages die Walkmühlengrundstücke nach § 590 des BGB.'s sowohl von der vormaligen X.'er Actienmühlengesellschaft auf deren Besitznachfolger Ed. K. als von diesem wieder auf die Klägerin als nunmehrige Eigenthümerin derselben bereits ohne die streitige Grunddienstbarkeit übergegangen sind.

Die Berufung war deshalb als unbegründet zurückzuweisen 2c.

Das Rechtsmittel der Beschwerde im Strafprozeß.

Von Oberappellationsrath **Lamm**.

(Schluß.)

§ 9.

Einlegung der Beschwerde.

Berechtigung.

Auf die Berechtigung zu Einlegung der Beschwerde leiden zunächst die allgemeinen Vorschriften in §§ 338 bis 340 der StPO. über die Berechtigung zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen überhaupt, verbunden mit §§ 430, 437, 441 der StPO. ebenfalls Anwendung. Das Beschwerderecht in Strafsachen beschränkt sich aber nicht auf die unmittelbar Prozeßbetheiligten, sondern hat noch eine beträchtliche Erweiterung erfahren durch die Bestimmung in § 346 Abs. 2 der StPO., daß auch Zeugen, Sachverständige und andere Personen gegen Beschlüsse und Verfügungen, durch welche sie betroffen werden, Beschwerde erheben können. Hieraus ergiebt sich als Princip, daß im Allgemeinen die Berechtigung zur Einlegung von Beschwerde davon abhängt, ob der Beschwerdeführer durch die angefochtene Entscheidung „betroffen", d. h. in seiner Rechtssphäre irgendwie berührt erscheint.*) Das Vorhandensein dieser Voraussetzung ist, wo überhaupt Beschwerde zuläßig ist, in jedem einzelnen Falle zu prüfen, indem sich der Kreis der hiernach beschwerdeberechtigten Personen nicht im Voraus mit Bestimmtheit abgrenzen läßt. Die im Gesetz als Beschwerdeberechtigte aufgeführten „Zeugen" und „Sachverständige" bieten nur Beispiele. Namentlich können auch Beschlagnahmen oder Durchsuchungen bei dritten Personen (§§ 94, 103 der StPO.) zu Beschwerdeführung

*) v. Bomhard und Koller, StPO. no. 5 zu § 346 S. 252, Voitus, StPO. no. 6 zu § 346 S. 358.

nicht Prozeßbetheiligter Anlaß geben. In den Commissionsberathungen*) wurde noch besonders hervorgehoben, daß unter den „anderen Personen“ in Abs. 2 des § 346 auch der Vertheidiger einbegriffen sei.

Eine, die Einlegung der Beschwerde betreffende Ausnahmebestimmung ist die in § 114 Abs. 3 der StPO. bei der Bekanntmachung eines Haftbefehls vorgeschriebene Belehrung des Angeschuldigten, daß ihm das Rechtsmittel der Beschwerde zustehe. Diese, von dem Systeme der StPO., wonach bei Bekanntmachung gerichtlicher Entscheidungen eine Belehrung über die zulässigen Rechtsmittel überhaupt und insbesondere über das Beschwerderecht in anderen Fällen der Beschwerde nicht stattfindet, abweichende Vorschrift verdankt ihre Entstehung einem Antrage der Justizcommission, welcher hauptsächlich auf der Erwägung beruht, daß die Bekanntschaft mit den Gesetzen nicht allgemein vorausgesetzt werden könne und es sich daher zieme, gerade dem Verhafteten, der häufig auf niederer Bildungsstufe stehen werde, zu eröffnen, daß ihm das Recht der Beschwerde über seine Verhaftung zustehe.**)

Frist.

Die einfache Beschwerde ist an keine Frist gebunden. Sie kann so lange eingelegt oder auch erneuert werden, als Abhülfe noch möglich ist. Können jedoch die Folgen der angefochtenen Entscheidung nicht mehr rückgängig gemacht und irgend welche Anordnungen, welche auf den Gang des bezüglichen Verfahrens Wirkung zu äußern vermöchten, nicht mehr getroffen werden, so verliert eine unter solchen Umständen eingelegte Beschwerde den Charakter der Justizbeschwerde und wird nach Befinden zur Aufsichtsbeschwerde, da hier eine Nachprüfung des zur Beschwerde gezogenen Verfahrens nur das Ergebniß liefern kann, Billigung oder Mißbilligung auszusprechen. Das Beschwerdegericht wird sich daher in solchen Fällen darauf beschränken müssen, die Be-

*) Prot. S. 533, in Hahn's Mat. I. S. 988.
**) Prot. S. 145, 857, in Hahn's Mat. I. S. 668, II. S. 1256.

schwerde als durch das weitere Verfahren überholt und demnach gegenstandslos zu verwerfen.*)

Eine vor Erlaß der beschwerlichen Entscheidung für den Fall, daß dieselbe zu Ungunsten des Antragstellers ausfalle, bewirkte Einlegung der fristlosen Beschwerde möchte zu gestatten sein, indem dieselbe durch Erlaß der ungünstigen Entscheidung in Kraft tritt.**)

Dagegen ist die sofortige Beschwerde binnen der Frist von einer Woche einzulegen (§ 353 Abs. 2 der StPO.). Die Befristung der sofortigen Beschwerde beruht auf der Erwägung, daß in den Fällen, wo das Gesetz die sofortige Beschwerde nachgelassen hat, ein Bedürfniß dafür vorliege, die Anfechtbarkeit der Entscheidung auf einen bestimmten Zeitpunkt zu beschränken. Dieses Bedürfniß aber findet seine Begründung darin, daß diejenigen Entscheidungen, welche der sofortigen Beschwerde unterliegen, von dem Gericht, welches sie erlassen hat, nicht abgeändert werden können, vielmehr diese Entscheidungen analog dem Urtheil behandelt werden, daher einer Rechtskraft fähig sind, und deren baldiger Eintritt für den ungestörten Fortgang des Verfahrens nothwendig ist.***)

Die erwähnte Einlegungsfrist beginnt mit der Bekanntmachung der Entscheidung (§ 353 Abs. 2 der StPO.) durch Verkündung oder Zustellung (§ 35 der StPO.). Erfolgte die Bekanntmachung der angefochtenen Entscheidung durch Zustellung, so wird der Beginn der Frist durch die Legalität der Zustellung bedingt.†) Der Lauf der Frist berechnet sich nach den in § 43 der StPO. für den Lauf einer nach Wochen††)

*) Uebereinstimmend: v. Schwarze in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafprozesses, II. Band S. 257 bei und in nota 3, wodurch die im Commentar S. 497 unter no. 3 vorgetragene abweichende Meinung berichtigt wird, desgleichen: v. Kries, Rechtsmittel 2c. S. 366. Anderer Ansicht: Löwe, StPO. zu § 346 Abs. 1 unter 2c, 3. Aufl., S. 612.

**) Gleicher Ansicht: v. Schwarze, Comm. zur StPO. no. 3 zu § 348 S. 499, wogegen Keller, StPO., 2. Aufl., S. 437 no. 3 und Puchelt, StPO. S. 545 unter no. 3 Eventualbeschwerde nicht zulassen.

***) Motive zu § 298 des Entw., S. 200, in Hahn's Mat. I., S. 249.

†) Annalen des OLG. III. S. 481.

††) Annalen des OLG. II. S. 394 unter no. 18.

bestimmten Frist ertheilten Vorschriften. Gegen die Versäumung der Einlegungsfrist kann unter den Voraussetzungen des § 44 mit Beobachtung der Vorschriften in § 45 der StPO. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beansprucht werden. Ueber das Wiedereinsetzungsgesuch entscheidet gemäß § 46 bald die Strafkammer, bald das Oberlandesgericht, je nachdem dieses oder jene über die sofortige Beschwerde selbst, falls sie rechtzeitig eingelegt worden wäre, zu entscheiden gehabt hätte. Mit der, dem Gesuche stattgebenden Entscheidung kann die hauptsächliche Entscheidung über die sofortige Beschwerde sogleich verbunden werden. Aus der Befristung der sofortigen Beschwerde folgt, daß diejenigen Entscheidungen, welche der Anfechtung durch dieses Rechtsmittel unterliegen, im Falle unterbleibender oder nicht rechtzeitig oder nicht formrichtig erfolgter Einlegung Rechtskraft erlangen.

Sofortige Beschwerde kann nicht, wie nach Obigem einfache Beschwerde, eventuell für den Fall des Erlasses der beschwerlichen Entscheidung eingelegt werden, da die an eine Frist gebundenen Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen in Strafsachen nicht außerhalb der geordneten Frist und vor deren Beginn wenigstens nicht eher wirksam eingelegt werden können, als bis die angefochtene Entscheidung erlassen ist.*) Auch wird in allen denjenigen Fällen, in welchen die Anfechtung einer Entscheidung nach gesetzlicher Vorschrift an den Gebrauch der sofortigen Beschwerde gebunden ist, hierdurch die Erhebung einfacher Beschwerde gegen die nämliche Entscheidung von selbst ausgeschlossen.**)

Ort der Einlegung.

Die Beschwerde wird bei demjenigen Gericht eingelegt, bei welchem oder von dessen Vorsitzendem die angefochtene Entscheidung erlassen ist. Sie kann jedoch in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegericht, d. i. demjenigen Gericht, welchem die Entscheidung über die Beschwerde zusteht, eingelegt werden (§ 348 Abs. 1 der StPO.). Der präceptive Charakter der ersteren Vorschrift folgt aus der facultativen Natur der letzteren.

*) Annalen des OLG. III. S. 25.

**) Angez. Annalen a. a. O. S. 24. 25.

Die Bestimmung, daß die Beschwerde nicht bei dem Beschwerdegericht, sondern regelmäßig bei demjenigen Gericht, welches die angefochtene Entscheidung erlassen hat, einzulegen ist, wird damit gerechtfertigt, daß nach § 348 Abs. 2 der StPO. das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, bei der einfachen Beschwerde befugt ist, die Entscheidung abzuändern oder zurückzunehmen.*)

Würde, wenn die einfache Beschwerde sofort bei dem Beschwerdegericht eingelegt worden ist, der Fall nicht für dringlich erkannt, so erwächst für den Beschwerdeführer kein weiterer Nachtheil, als daß die Beschwerde zunächst an den Richter, dessen Entscheidung angefochten wird, zur prozeßmäßigen Behandlung abzugeben ist.**) Die sofortige Beschwerde besitzt die Eigenthümlichkeit, daß die Einlegung derselben bei dem Beschwerdegericht zur Wahrung der Frist genügt, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird (§ 353 Abs. 2 der StPO.).***) Dagegen wird die Frist der sofortigen Beschwerde durch Einlegung derselben bei einem unzuständigen Gericht nicht gewahrt,†) es wäre denn, daß die Beschwerde im Wege der Abgabe von Seiten des unzuständigen Gerichts an das zuständige dem letzteren noch vor Ablauf der Einlegungsfrist zuginge. In der hiernach bestehenden Wahlfreiheit zwischen der Einlegung bei dem Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, oder bei dem Beschwerdegericht unterscheidet sich das Rechtsmittel der Beschwerde ganz wesentlich von den Rechtsmitteln der Berufung und der Revision, indem nach § 355 Abs. 1 der StPO. die Berufung bei dem Gericht erster Instanz und nach § 381 Abs. 1 die Revision bei dem Gericht, dessen Urtheil angefochten wird, eingelegt werden muß, so daß die Einlegung der Berufung bei dem Berufungsgericht, beziehentlich der Revision bei dem Revisionsgericht, unwirksam ist.††)

---

*) Motive zu § 292 des Entw. S. 199, in Hahn's Mat. I. S. 248.

**) v. Bomhard und Koller, StPO., no. 3 zu § 348, S. 255.

***) Uebereinstimmend § 540 Abs. 2 der CPO.

†) Entscheidungen des OLG. München in Gegenständen des Strafrechts und Strafprozesses, I. Band S. 421.

††) Annalen des OLG. Dresden III. S. 489.

Form der Einlegung.

Nach § 348 der StPO. ist die Beschwerde zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder schriftlich einzulegen. Unter dem Gerichtsschreiber ist hier der Gerichtsschreiber des Einlegegerichts zu verstehen, welcher vorzugsweise in der Lage ist, zum Zweck der sachgemäßen Formulirung der Beschwerde aus den Acten sich informiren zu können. Eine Ausnahme besteht nach § 341 nur in Betreff des verhafteten Angeklagten. Bei der sofortigen Beschwerde ist daher, wenn sie zu Protokoll des Gerichtsschreibers eingelegt wird, zu Wahrung der Frist erforderlich, daß innerhalb derselben von dem Gerichtsschreiber des Einlegegerichts, oder im Falle der Verhaftung des Angeschuldigten von dem Gerichtsschreiber des Haftgerichts das Protokoll aufgenommen wird. Hieraus folgt nun zwar nicht, daß ein von einem unzuständigen Gerichtsschreiber über die Einlegung einer Beschwerde aufgenommenes Protokoll unwirksam sei, indem dasselbe mindestens einer schriftlichen Einlegung gleich zu achten ist und die Stelle der Beschwerdeschrift vertritt; handelt es sich aber um eine sofortige Beschwerde, so entscheidet über die Wahrung der Frist die Zeit des Eingangs eines solchen, von einem unzuständigen Gerichtsschreiber aufgenommenen Protokolls bei dem Einlegegericht oder dem Beschwerdegericht.*) — Das Erforderniß der schriftlichen Einleguug besteht nur darin, daß der Wille, Beschwerde einzulegen, mittels Schrift kundgegeben werde. An irgend welche Form ist eine solche Schrift nicht gebunden; insbesondere ist weder zu Einlegung der einfachen, noch der sofortigen Beschwerde eine von einem Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift erforderlich. Wurde die Beschwerdeschrift von einem Rechtsanwalt verfertigt und eingereicht, so muß derselbe hierzu, falls nicht die Schrift von dem Betheiligten selbst in unverdächtiger Weise mitunterzeichnet ist, durch seine Eigenschaft als Vertheidiger oder mittels besonderer Vollmacht legitimirt sein. Mangel solcher Legitimation innerhalb der Einlegungsfrist hat bei der sofortigen Beschwerde den

---

*) Puchelt, StPO., S. 544 in der Anm. 3 zu § 348; Löwe, StPO., 3. Aufl. S. 174 unter 10b.

Verlust des Rechtsmittels zur Folge.*) Die Benutzung des Telegraphen zur Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde ist, wie zur Einlegung von Rechtsmitteln im Strafverfahren überhaupt, nicht zulässig, weil ein Telegramm mit Rücksicht auf die Natur und geschäftliche Behandlung des telegraphischen Verkehrs als eine von dem Beschwerdeführer unmittelbar ausgehende Schrift, welche diesen Ursprung schon ihrer äußeren Erscheinung nach erkennen läßt, nicht angesehen werden kann.**)

Uebrigens ist es nach dem allgemeinen Grundsatze des § 342 der StPO. gleichgültig, ob das Rechtsmittel der Beschwerde mit dem richtigen Namen bezeichnet wird. Insbesondere hat der Richter selbständig zu prüfen, ob die Beschwerde als einfache oder sofortige anzusehen sei, indem es häufig vorkommt, daß eine als „sofortige" bezeichnete Beschwerde als einfache, und umgekehrt eine als „einfache" bezeichnete Beschwerde als sofortige sich darstellt, was natürlich auf die Beurtheilung der Formalien des Rechtsmittels von wesentlichem Einflusse ist.

Begründung der Beschwerde.

Die Beschwerde kann auf thatsächliche, wie auf Rechts-Gründe gestützt werden. Die Anerkennung dieses Grundsatzes liegt darin, daß das Gesetz besondere Vorschriften über die Begründung der Beschwerde nicht enthält.***) Deshalb kann auch eine Substantiirung des Rechtsmittels der Beschwerde durch Aufstellung besonderer Beschwerdepunkte nicht verlangt werden. Vielmehr genügt jede, wenn auch aller Begründung entbehrende Erklärung, daß eine bestimmte Entscheidung zur Beschwerde gezogen werde, um das Beschwerdegericht zur Prüfung der angefochtenen Entscheidung nach allen Richtungen zu verpflichten.†)

Insbesondere wird das Beschwerdegericht auch die etwaige Verletzung von Rechtsnormen über das Verfahren selbst ohne

*) Annalen des OLG. III. S. 12.

**) Angez. Annalen III. S. 107.

***) Motive zu §§ 290. 291 des Entw. S. 199, in Hahn's Mat. I. S. 248.

†) Vergl. auch v. Kries, Rechtsmittel, S. 370.

ausdrückliche Rüge wenigstens nach der Richtung zu prüfen haben, ob eine solche Verletzung auf die zur Beschwerde gezogene Entscheidung Einfluß gewonnen habe.

Die Benutzung neuer, d. h. vor Erlaß der angefochtenen Entscheidung noch nicht geltend gemachter Thatsachen und Beweise zu Begründung der Beschwerde ist nicht unstatthaft. Eine ausdrückliche Bestimmung hierüber, wie § 533 der CPO., enthält die StPO. zwar nicht. Indessen ergiebt sich aus den Motiven zu § 293 des Entwurfs S. 199,*) daß der Gesetzgeber die Begründung einer Beschwerde durch Anführung neuer Thatsachen nicht für unzulässig erachtet hat, indem an der angezogenen Stelle der Motiven zu Rechtfertigung der Bestimmung, daß das Gericht der untern Instanz nach Eingang einer Beschwerde befugt sei, seine eigene Entscheidung abzuändern oder zurückzunehmen, bemerkt wird: man habe hierbei namentlich die Fälle vor Augen gehabt, in welchen die neuen Anführungen des Beschwerdeführers geeignet seien, eine andere Entscheidung als die früher getroffene zu begründen. Hiervon verschieden ist jedoch die weiter unten (vergl. § 11) zu beantwortende Frage, ob und inwieweit dergleichen neue Anführungen bei der Entscheidung über die Beschwerde berücksichtigt werden können.

Wirkung der Einlegung.

Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung. Der Vollzug der angefochtenen Entscheidung wird, wie § 349 Abs. 1 der StPO. bestimmt, durch Einlegung der Beschwerde nicht gehemmt. Der Gesetzgeber ist hierbei von der Erwägung ausgegangen, daß, wenn man der Beschwerde regelmäßig eine aufschiebende Wirkung beilegen wollte, das Verfahren den bedenklichsten Verzögerungen ausgesetzt und nicht selten der Untersuchungszweck, zumal auf dem Gebiete der Voruntersuchung, geradezu gefährdet sein würde.**)

Da jedoch Fälle vorkommen können, in welchen es sich nicht würde rechtfertigen lassen, die mit der Beschwerde angefochtene

*) Hahn's Mat. I. S. 248.

**) Motive zu § 294 des Entw. S. 199, in Hahn's Mat. I. S. 248.

Entscheidung unverweilt in Vollzug zu setzen, so ist, um Härten zu vermeiden, in § 349 Abs. 2 der StPO. sowohl dem Gericht der unteren Instanz — dem Gericht, dem Vorsitzenden oder dem Richter, dessen Entscheidung angefochten wird — als auch dem Beschwerdegericht das Befugniß beigelegt worden, im einzelnen Falle nach Ermessen anzuordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei. Dieses Befugniß erstreckt sich jedoch nicht auf Beschwerden gegen die gemäß § 123 Abs. 1 der StPO. beschlossene Aufhebung eines Haftbefehls, da nach der Bestimmung im zweiten Absatze des nurangezogenen Paragraphen durch Einlegung eines Rechtsmittels — also auch der Beschwerde — die Freilassung des Angeschuldigten nicht verzögert werden darf.

Auch die sofortige Beschwerde hat als solche keine aufschiebende Wirkung. Eine Ausnahme besteht nur in dem oben § 7 unter no. 3 erwähnten Falle des § 81 der StPO. Auch ist hier noch zu gedenken der — allerdings nicht dem Strafprozeß im engeren Sinne angehörenden — Vorschrift in § 183 Abs. 2 des GVG., wonach die daselbst nachgelassene befristete Beschwerde gegen eine auf Grund der Sitzungspolizei erfolgte Festsetzung einer Ordnungsstrafe aufschiebende Wirkung hat in den Fällen der §§ 180 und 182 des nämlichen Gesetzes, also, wenn die Ordnungsstrafe gegen einen bei der Verhandlung betheiligten Rechtsanwalt oder Vertheidiger wegen Ungebühr in der Sitzung oder von einem einzelnen Richter bei der Vornahme von Amtshandlungen außerhalb der Sitzung innerhalb der ihm nach §§ 177 bis 181 des angezogenen Gesetzes zustehenden Befugnisse verhängt worden ist.

Zurücknahme.

Auf die Zurücknahme der Beschwerde leiden die Vorschriften in § 344 der StPO. über die Zurücknahme von Rechtsmitteln überhaupt ebenfalls Anwendung. Aus der Bestimmung im ersten Satze des § 344 ist zu folgern, daß weder die Rücknahme eines Rechtsmittels, noch der Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels widerrufen werden kann. Dieser Folgesatz ist nicht auf die sofortige Beschwerde zu beschränken. Vielmehr kann auch die

Zurücknahme einer einfachen Beschwerde nicht widerrufen werden,*) da, wenn schon die erwähnte Bestimmung zunächst auf befristete Rechtsmittel sich bezieht, doch überhaupt auf die Ausübung prozessualer Rechte, auf welche der Betheiligte verzichtet hat, nicht zurückgegriffen werden kann. Hierdurch wird jedoch die Erneuerung der nämlichen Beschwerde nicht ausgeschlossen.

§ 10.

Verfahren auf eingelegte Beschwerde.

Die prozessuale Behandlung des Rechtsmittels der Beschwerde beruht sichtlich auf dem Bestreben, das Verfahren auf das Einfachste zu gestalten und dadurch dem Zweck der Beschwerde, möglichst baldige Abhülfe zu erlangen, gerecht zu werden. Deshalb ist das Gericht der unteren Instanz für befugt erklärt worden, wenn es nach Eingang der Beschwerde die Ueberzeugung gewinnt, daß dieselbe begründet sei, seine eigene Entscheidung abzuändern oder zurückzunehmen, indem § 348 der StPO. im 2. Abs. bestimmt: „Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde für begründet, so haben sie derselben abzuhelfen.“ Diese Bestimmung findet nach Maßgabe des 3. Abs. auch auf die Entscheidungen des Amtsrichters im Vorverfahren, des beauftragten oder ersuchten Richters und des Untersuchungsrichters Anwendung.

Das Abänderungsrecht ist im Principe demjenigen Richter verliehen worden, welcher die angefochtene Entscheidung erlassen hat.**) Daher kann der mit Erwähnung der Entscheidungen des Amtsrichters verbundene Zusatz: „im Vorverfahren“ nicht als eine Beschränkung aufgefaßt werden. Vielmehr wird die fragliche Vorschrift auch auf die in späteren Stadien des Verfahrens ergehenden Verfügungen des Amtsrichters, insoweit eine Zuständigkeit dazu begründet ist (vergl. z. B. § 211 Abs. 2 der StPO., § 30 Abs. 2 des GVG.), bezogen werden müssen.***) Der Gesetz-

*) Annalen des OLG. IV. S. 119.

**) Puchelt, StPO., S. 545 no. 5.

***) Voitus, StPO., S. 361 no. 5; Puchelt, StPO., S. 546 unter no. 5; Löwe, StPO., 3. Aufl. S. 616 no. 8 zu § 348; v. Kries, Rechtsmittel rc. S. 370, 371.

geber hat bei Gewährung des Abänderungsbefugnisses einerseits namentlich die Fälle vor Augen gehabt, in welchen die Beschwerde auf neue Anführungen gestützt wird, und dieselben geeignet sind, eine andere Entscheidung, als die früher getroffene, zu begründen, ist jedoch andererseits von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Gerichte der unteren Instanz im Interesse ihrer eigenen Autorität und des Ansehens der gerichtlichen Entscheidungen von der ihnen beigelegten Befugniß einen maßvollen Gebrauch machen und die Abänderung der angefochtenen Entscheidung in der Regel dem Beschwerdegericht überlassen werden.*)

Das vorerwähnte Abänderungsrecht gilt jedoch nur für die einfache Beschwerde. Dagegen ist in Fällen der sofortigen Beschwerde — und hierin besteht neben der Befristung der wichtigste Unterschied zwischen der einfachen und der sofortigen Beschwerde — nach § 353 Abs. 3 der StPO. das Gericht zu einer Abänderung seiner, durch die Beschwerde angefochtenen Entscheidung nicht befugt. Als eine Consequenz des Abänderungsrechts, insoweit dasselbe besteht, ist es zu betrachten, daß das Gericht die mittels einfacher Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen auch ohne solche Anfechtung bei nochmaliger Erwägung aufheben oder abändern kann.**)

Macht das Gericht oder der Richter, dessen Entscheidung mittels einfacher Beschwerde angefochten wird, von dem Abänderungsrechte keinen Gebrauch, so ist die Beschwerde — und von der sofortigen Beschwerde gilt dies schlechterdings — sofort, spätestens vor Ablauf von drei Tagen, dem Beschwerdegericht vorzulegen (§ 348 Abs. 2 der StPO.). Mit diesem Ausdrucke wird die Anzeige des Rechtsmittels an das zur Entscheidung zuständige Gericht nebst Uebersendung der einschlagenden Acten bezeichnet. Das Gericht der unteren Instanz kann unter Umständen Gelegenheit nehmen, sich bei Einsendung der Beschwerde an das Gericht höherer Instanz über die Anführungen des Beschwerde-

*) Motive zu § 288 des Entw. S. 199, in Hahn's Mat. I. S. 248.

**) Löwe, StPO. no. 5a zu § 348, 3. Aufl., S. 616; Puchelt, StPO. no. 5 zu § 348, S. 546.

führers zu äußern.*) In Betreff der Form der Acteneinsendung auf erhobene Beschwerde ist auf die frühere Abhandlung des Verfassers in den Annalen des OLG. Dresden, I. Band S. 215 flg. und besonders S. 217 zu verweisen.**) Die erwähnte Fristbestimmung für die Anzeige der Beschwerde hat nur einen reglementären Charakter.***) In dessen Folge kann die einfache Beschwerde, wenn das Gericht, der vorliegenden Beschwerde ungeachtet, mit einstweiliger Aussetzung der Anzeige das Verfahren soweit fortsetzt, daß eine Abänderung der mittels Beschwerde angefochtenen Entscheidung auf den Gang des Verfahrens keinen Einfluß mehr zu äußern vermag, leicht gegenstandslos gemacht werden. Schutz hiergegen bietet das Anbringen der Beschwerde bei dem Beschwerdegericht, welches durch Einforderung der Acten einen thatsächlichen Stillstand des weiteren Verfahrens herbeizuführen in der Lage ist. Das Gericht, dessen Entscheidung mittels Beschwerde angefochten wird, ist nicht berechtigt, die Beschwerde als unstatthaft oder, wenn es sich um eine sofortige Beschwerde handelt, als versäumt zurückzuweisen. Vielmehr ist die Anzeigepflicht bei dem Rechtsmittel der Beschwerde, falls nicht derselben, soweit es zulässig ist, sofort abgeholfen wird, eine unbedingte. Die Entscheidung über die Statthaftigkeit und beziehentlich rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels ist lediglich dem Beschwerdegericht zu überlassen.†) Die abweichenden Bestimmungen in §§ 360 und 386 der StPO. über die Rechtsmittel der Berufung und der Revision sind Sondervorschriften, welche nicht im Wege der Analogie auf das Rechtsmittel der Beschwerde übertragen werden können. Wegen verweigerter oder verzögerter Anzeige der Beschwerde ist Beschwerdeführung zulässig.

*) Motive zu § 292 des Entw. S. 199, in Hahn's Mat. I. S. 248.

**) Vergl. auch Annalen des OLG. I. S. 312.

***) v. Schwarze, StPO., S. 500 no. 5; v. Bomhard und Koller, S. 255 no. 5 zu § 348; Löwe, no. 7 zu § 348, 3. Aufl. S. 616; Puchelt, S. 546 no. 6.

†) v. Bomhard und Koller, StPO., no. 8 zu § 353 S. 257; Löwe, no. 6 zu § 348, 3. Aufl. S. 616; v. Schwarze in v. Holtzendorff's Handb. des Strafproz. II. S. 259; v. Kries, Rechtsmittel, S. 375; Annalen des OLG., III. S. 23.

Eine Mittheilung der Beschwerde an den Gegner des Beschwerdeführers vor der Anzeige an das Beschwerdegericht ist nicht vorgeschrieben, so daß der Gegner, wenn er nicht durch die nach § 350 der StPO. dem Beschwerdegericht freistehende Mittheilung der Beschwerde zur schriftlichen Gegenerklärung von der erfolgten Einlegung der Beschwerde beuachrichtigt wird, hiervon erst durch die Bekanntmachung der Entscheidung des Beschwerdegerichts Kenntniß erlangt.

Einer besonderen Betrachtung bedarf noch das Verfahren auf solche Beschwerden, welche den Ansatz von Kosten betreffen. Die Fälle der Beschwerdeführung gegen Entscheidungen des Gerichts über Erinnerungen des Zahlungspflichtigen oder der Staatskasse gegen den Ansatz von Gebühren oder Auslagen, sowie gegen die Festsetzung der einem Zeugen oder Sachverständigen zu gewährenden Beträge sind in § 4 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878, beziehentlich § 17 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 ausdrücklich geordnet und bieten nichts Eigenthümliches. Die Unterlage für die prozessuale Behandlung anderer Kostenbeschwerden in Strafsachen wird durch die Bestimmung in § 496 Abs. 2 der StPO. gegeben, wonach, wenn über die Höhe der Kosten oder über die Nothwendigkeit der unter ihnen begriffenen Auslagen Streit entsteht, hierüber besondere Entscheidung erfolgt. Es ist hierbei namentlich darauf aufmerksam zu machen, daß der Beschwerdefall erst dann eintritt, wenn jene gerichtliche Entscheidung vorliegt. Dieser Gesichtspunkt kommt namentlich in Betracht bei Beschwerden des bestellten Vertheidigers gegen die Festsetzung der ihm nach § 150 der StPO. aus der Staatskasse zu bezahlenden Gebühren der Vertheidigung. Insoweit der Vorsitzende der Hauptverhandlung, in welcher die Vertheidigung geführt worden, die Vertheidigungskosten einseitig feststellt, handelt er nur als Vertreter des zahlungspflichtigen Staatsfiscus und als Functionär der Justizverwaltung. Nimmt er Moderationen oder Abstriche vor, und beruhigt sich der Vertheidiger dabei nicht, so tritt erst hierdurch die Sache in das in § 496 Abs. 2 der StPO. bezeichnete Stadium, daß über die Höhe der Kosten Streit entsteht. In diesem Stadium ist die Sache noch

nicht reif zur Beschwerdeführung. Vielmehr muß nunmehr zunächst auf die Entscheidung der Strafkammer provocirt werden, und erst gegen deren Entscheidung ist Beschwerde zulässig.*) Es bleibt jedoch dem Vorsitzenden unbenommen, wenn ihm gegen einzelne Ansätze der Kostenrechnung des Vertheidigers Bedenken beigehen, unter Absehen von eigener Moderation, sofort die Entscheidung der Strafkammer einzuholen und hierdurch die Sache auf das Beschwerdegebiet zu leiten.

Nach dem obangezogenen Grundsatze des § 496 Abs. 2 der StPO. regelt sich auch das Beschwerdeverfahren in Fällen des § 503 der StPO. Hiernach hat in einem Verfahren auf erhobene Privatklage der Verurtheilte auch die dem Privatkläger erwachsenen nothwendigen Auslagen zu erstatten, während, wenn der Beschuldigte außer Verfolgung gesetzt oder freigesprochen oder das Verfahren eingestellt wird, dem Privatkläger neben den Kosten des Verfahrens auch die dem Beschuldigten erwachsenen nothwendigen Auslagen zur Last fallen. Unter den nach diesen Bestimmungen zu erstattenden Auslagen sind nach Maßgabe des 5. Abs. des § 503, wenn sich der Gegner der erstattungspflichtigen Partei eines Rechtsanwalts bedient hat, die Gebühren und Auslagen des Anwalts insoweit inbegriffen, als solche nach der Bestimmung des § 87 der CPO. die unterliegende Partei der obsiegenden zu erstatten hat. Entsteht nun in solchen Fällen über die Höhe der zu erstattenden Kosten oder die Zulässigkeit einzelner Ansätze Streit, so bedarf es vor Allem eines, die Stelle der nach § 496 Abs. 2 der StPO. erforderlichen Entscheidung vertretenden richterlichen Festsetzungsdecrets,**) gegen welches sodann Beschwerde nach § 346 der StPO. zulässig ist. Die im 5. Abs. des § 503 enthaltene Verweisung auf § 87 der CPO. darf nicht dazu verleiten, auf die in Privatklagesachen vorkommende Festsetzung zu erstattender Auslagen die Bestimmung in § 99 Abs. 3 der CPO. für anwendbar zu halten, wonach gegen den Beschluß über Festsetzung zu erstattender Prozeßkosten sofortige Beschwerde stattfindet.

*) Annalen des OLG. II. S. 397.

**) Puchelt, StPO. unter no. 3 zu § 503, S. 850; Löwe, StPO. in no. 6 zu § 503, 3. Aufl., S. 773; Annalen des OLG. IV. S. 120.

§ 11.

Entscheidung des Beschwerdegerichts.

Die Formlosigkeit des Rechtsmittels der Beschwerde äußert sich auch in dem formlosen Verfahren bei der Entscheidung über die Beschwerde und in der freien Stellung des Beschwerdegerichts. Nach § 351 der StPO. erfolgt die Entscheidung über die Beschwerde ohne vorgängige mündliche Verhandlung — also auf Grund der Acten. Eine mündliche contradictorische Verhandlung in der Beschwerdeinstanz findet ausnahmsweise nur in dem Falle des § 122 der StPO. statt. Vergl. unten. Vorheriges Gehör der Betheiligten, insoweit solches nicht schon durch die etwa vorliegende Begründung des Beschwerdeanbringens vermittelt wird, ist facultativ. Nach § 350 der StPO. kann das Beschwerdegericht dem Gegner des Beschwerdeführers die Beschwerdeschrift zur schriftlichen Gegenerklärung mittheilen. Die vorherige Anhörung der Staatsanwaltschaft ist bei Beschwerden in Privatklagesachen unzulässig, bei Beschwerden in öffentlichen Klagsachen, mit Ausnahme des in § 122 der StPO. behandelten Falles der sofortigen Beschwerde, nicht nothwendig, sondern vom Ermessen des Beschwerdegerichts abhängig, indem sie nach § 351 der StPO. „in geeigneten Fällen" — worunter namentlich zweifelhafte Fälle zu verstehen sind*) — erfolgen soll. Die Anhörung der Staatsanwaltschaft kann schriftlich oder mündlich geschehen, letzteren Falles jedoch nur in nicht öffentlicher Sitzung des Beschwerdegerichts. Nach § 350 der StPO. kann das Beschwerdegericht zu Vorbereitung seiner Entscheidung etwa erforderliche Ermittelungen anordnen oder selbst vornehmen. Es fallen hierunter Beweiserhebungen jeder Art; dieselben sind jedoch schriftlich zu beurkunden.

Ein anomales Verfahren findet statt bei der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung über den Verfall einer zu Abwendung der Untersuchungshaft geleisteten Sicherheit. (Vergl. § 7 unter no. 4.) Vor der Entscheidung über eine solche Beschwerde ist nach § 122 Abs. 2 der StPO. den Betheiligten und

*) Prot. S. 535 in Hahn's Mat. I. S. 990.

der Staatsanwaltschaft Gelegenheit zur mündlichen Begründung ihrer Anträge, sowie znr Erörterung über stattgehabte Ermittelungen zu geben. Durch diese Vorschrift wird ausnahmsweise in der Beschwerdeinstanz eine mündliche Verhandlung zugelassen. Das Gesetz enthält keine näheren Bestimmungen über das hierbei einzuschlagende Verfahren. Der Charakter desselben ist vorzugsweise aus der Entstehungsgeschichte der gedachten Vorschrift zu entnehmen. Der Entwurf, indem er in § 111 bestimmte, daß vor der Entscheidung der Beschuldigte, sowie Pfandbesteller und Bürgen zu einer Erklärung aufzufordern seien, beschränkte sich auf die Anerkennung des Rechts der Betheiligten, vor der Entscheidung des Gerichts Gehör bei demselben zu verlangen, setzte aber im Uebrigen voraus, daß das Gericht lediglich nach Lage der Acten zu entscheiden habe.*) Die Justizcommission des Reichstags fand jedoch dieses Verfahren für die bedeutenden Interessen, welche dabei anf dem Spiele stehen können, zu summarisch und war der Meinung, daß dem Bedürfnisse größerer Sicherheit und höherer Garantien der Rechtsprechung dadurch Genüge geleistet werden müsse, daß in der Beschwerdeinstanz ausnahmsweise eine mündliche Verhandlung zugelassen und nach deren Ergebniß entschieden werde. Von einer Seite wurde in der Commission unter besonderem Hinweis darauf, daß die Frage über den Verfall der Caution namentlich für Pfandbesteller und Bürgen wichtige vermögensrechtliche Fragen in sich schließe, sogar beantragt, gegen die Entscheidung des Strafrichters dem Angeschuldigten, sowie den Pfandbestellern und Bürgen binnen einer Frist von vier Wochen den Rechtsweg offen zu erhalten. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil die Verhältnisse, um welche es sich hier handele, strafprozessualer Natur seien und daher über sie nur der Strafrichter entscheiden könne. Dagegen wurde in erster Lesung die Einschaltung folgenden Zusatzes beschlossen: „Ueber die Beschwerde ist nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden.“**) Dieser Zusatz wurde jedoch in zweiter Lesung mit der in das Gesetz aufgenommenen Fassung vertauscht, um das Mißverständniß

*) Mot. zu § 111 des Entw. der StPO. S. 75, in Hahn's Mat. I. S. 135.
**) Prot. S. 862 flg., in Hahn's Mat. II. S. 1261 flg.

zu verhüten, als ob unter „mündlicher Verhandlung“ eine förmliche Hauptverhandlung zu verstehen sei, während der Zweck des Antrags vielmehr nur dahin gehe, daß die Entscheidung nicht lediglich auf Grund der Acten erfolgen, sondern den Betheiligten und der Staatsanwaltschaft Gelegenheit gegeben werden solle, ihre Ausführungen mündlich zu begründen. Dagegen hat durch den in das Gesetz aufgenommenen Zusatz ausgedrückt werden sollen, daß die Betheiligten ihr Vorbringen gemeinschaftlich und mündlich vorzutragen berechtigt seien. Man hielt es insbesondere nicht für zulässig, daß Jeder einzeln vorgeladen werde. Vielmehr sollen sich die Betheiligten gegenüberstehen und contradictorisch verhandeln.*) Das Beschwerdegericht hat daher in Fällen des § 122 der StPO. zur Verhandlung über die Beschwerde einen Termin anzuberaumen, zu welchem die Betheiligten (der Beschuldigte, Pfandbesteller, Bürgen) und die Staatsanwaltschaft vorzuladen, und in welchem dieselben, falls sie erscheinen, zu hören sind. Machen die Betheiligten von dem ihnen eingeräumten Rechte des Gehörs keinen Gebrauch und leisten sie der deshalb erlassenen Ladung keine Folge, so hat das Beschwerdegericht dessenungeachtet zu entscheiden.**) Dies ergiebt sich aus der Fassuug der bezüglichen Vorschrift, welche nur darauf gerichtet ist, daß den Betheiligten zur mündlichen Begründung ihrer Anträge Gelegenheit gegeben werden soll, und erscheint um so nothwendiger, als in Fällen des § 122 der StPO. der Beschuldigte in der Regel abwesend sein wird. Da die erwähnte Verhandlung keine Hauptverhandlung, keine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht ist, auf welche allein der in § 170 des GVG. aufgestellte Grundsatz der Oeffentlichkeit sich bezieht, so erfolgt die Verhandlung über die in § 122 der StPO. nachgelassene sofortige Beschwerde in nicht öffentlicher Sitzung des Beschwerdegerichts. Auch bildet die Entscheidung über diese Beschwerde, wenn schon sie sich zweckmäßiger Weise an die Verhandlung anzuschließen haben wird, nicht einen Theil der letztern und bedarf daher, da sie nicht in Anwesenheit der davon betroffenen Personen ergeht, nicht der

*) Prot. S. 1130 flg., in Hahn's Mat. II. S. 1483 flg.
**) Prot. S. 1132, in Hahn's Mat. II. S. 1484.

Bekanntmachung durch Verkündung, sondern ist den Betheiligten durch Zustellung bekannt zu machen (§ 35 der StPO.).

Anlangend im Allgemeinen den Inhalt der Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde in Strafsachen, so hat das Beschwerdegericht vor Allem von Amtswegen die Zulässigkeit der Beschwerde an sich und die Berechtigung des Beschwerdeführers zur Einlegung des Rechtsmittels, nach Befinden auch die Legitimation des betheiligten Rechtsanwalts, sowie, wenn es sich um eine sofortige Beschwerde handelt, die Fristmäßigkeit derselben zu prüfen und, wenn diese Erfordernisse mangeln, die Beschwerde als unzulässig, beziehentlich versäumt, zu verwerfen. Wird auf das Materielle der Sache eingegangen, jedoch die Beschwerde für unbegründet befunden, so ist die Verwerfung derselben auszusprechen. Wird dagegen die Beschwerde für begründet erachtet, so erläßt das Beschwerdegericht zugleich die in der Sache erforderliche Entscheidung (§ 351 Abs. 2 der StPO.). Das Beschwerdegericht hat demnach in dem letzteren Falle stets in der Sache selbst zu entscheiden; es tritt in Folge des Rechtsmittels ganz und voll an die Stelle des Vorderrichters und kann sich daher nicht auf die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung beschränken, sondern muß zugleich an die Stelle derselben dasjenige setzen, was nach seiner Meinung in der Sache zu beschließen gewesen wäre. Eine Zurückverweisung an den Vorderrichter zur anderweiten Entscheidung ist auf Beschwerde, abgesehen von dem Falle einer Begründung der sofortigen Beschwerde auf neue Thatsachen und Beweise — vergl. unten — ausgeschlossen.*)

In Folge des Eintretens des Beschwerdegerichts an die Stelle des Vorderrichters unterliegt auch die örtliche Zuständigkeit des Vorderrichters zum Erlaß der angefochtenen Entscheidung, insoweit der Vorderrichter seine örtliche Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen hatte, der Prüfung der Beschwerdeinstanz selbst dann, wenn die Entscheidung aus anderen Gründen, als wegen Mangels örtlicher Zuständigkeit angefochten wurde.**)

---

*) Löwe, StPO. no. 4 zu § 351, 3. Aufl. S. 617.

**) Annalen des OLG. IV. S. 116.

Die Vorschrift in § 343 der StPO., wonach jedes von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel die Wirkung hat, daß die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert oder aufgehoben werden kann, ist auf das Rechtsmittel der Beschwerde ebenfalls anwendbar.

Eine wichtige Frage ist die, ob bei der Entscheidung über die Beschwerde neue Thatsachen berücksichtigt werden können, welche bei Erlaß der angefochtenen Entscheidung nicht vorlagen, oder mit anderen Worten: ob das Beschwerdegericht ex nunc oder ex tunc zu entscheiden habe. Bei der einfachen Beschwerde wird unbedenklich anzunehmen sein, daß das Beschwerdegericht nach der zur Zeit seiner Entscheidung bestehenden Sachlage, auch wenn inzwischen, wie namentlich bei Anstellung von Zwischenerörterungen gemäß § 350 der StPO. leicht vorkommen kann, nova ermittelt oder eingetreten sind, zu entscheiden berechtigt sei, weil nach § 348 der StPO. bei der einfachen Beschwerde das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, dieselbe abändern oder zurücknehmen kann, und hieraus gefolgert werden muß, daß durch einfache Beschwerde die Sache nicht ausschließlich in der Lage, wie sie sich bei Einlegung des Rechtsmittels befand, an das Beschwerdegericht devolvirt werde.

Dagegen ist bei der Entscheidung über eine sofortige Beschwerde die Berücksichtigung neuer Thatsachen ausgeschlossen, weil in Fällen der sofortigen Beschwerde nach § 353 der StPO. das Gericht zu einer Abänderung seiner durch die Beschwerde angefochtenen Entscheidung nicht befugt ist. Aus diesem Grundsatze folgt, daß in Fällen der sofortigen Beschwerde an das Beschwerdegericht nur die Frage devolvirt wird, ob die angefochtene Entscheidung nach der zur Zeit ihres Erlasses actengemäß vorhanden gewesenen Sachlage für gerechtfertigt zu erachten sei, und daß daher etwaige inzwischen ermittelte oder entstandene neue Thatsachen auf die Beurtheilung keinen Einfluß zu äußern vermögen, vielmehr die Beschwerde, wenn sie ex tunc unbegründet erscheint, sollte sie auch nach Maßgabe der inzwischen veränderten Sachlage Beachtung verdienen, zu verwerfen und die Vorinstanz anzuweisen ist, darüber, ob es bei Berücksichtigung der neuen

Thatsachen bei der früheren Entscheidung verbleiben könne, zunächst in erster Instanz Entschließung zu fassen. Für die Zulässigkeit der Beachtung neuer Thatsachen bei der Entscheidung über sofortige Beschwerden im Strafprozesse kann auch nicht mit Erfolg darauf Bezug genommen werden, daß im Civilprozesse nach § 533 der CPO. die Beschwerde auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden kann. Diese Vorschrift wird um ihrer Allgemeinheit willen von den Commentatoren*) auch auf die sofortige Beschwerde bezogen. Allein gerade weil eine dem § 533 der CPO. gleichlautende Bestimmung in die StPO. nicht aufgenommen worden, ist man nicht berechtigt, aus jener, den Civilprozeß betreffenden Vorschrift für die Behandlung der sofortigen Beschwerde im Strafprozesse Folgerungen zu ziehen. Denn obschon aus einer Vergleichung des § 353 der StPO. mit § 540 der CPO. verbunden mit den Motiven zu § 298 des Entwurfs der StPO. S. 200 sich ergiebt, daß die sofortige Beschwerde des Strafprozesses der sofortigen Beschwerde des Civilprozesses nachgebildet worden ist, so hat sich doch die StPO. in § 353 zur Charakterisirung der sofortigen Beschwerde auf die Befristung und den Ausschluß des Abänderungsrechts beschränkt, ohne die aus dem letzteren Merkmale für die Stellung des Beschwerdegerichts sich ergebende Consequenz durch eine dem § 533 der CPO. entsprechende Bestimmung abzuschwächen.

Das Beschwerdegericht ist demnach beispielsweise nicht berechtigt, wenn zu Begründung einer sofortigen Beschwerde gegen Zurückweisung eines auf § 399 no. 5 der StPO. gestützten Wiederaufnahmegesuchs des Angeklagten (§ 412) in der Beschwerdeinstanz andere neue Thatsachen und Beweismittel beigebracht werden, als der Vorinstanz vorgelegen haben, oder wenn eine sofortige Beschwerde wegen Verwerfung eines gegen einen Richter angebrachten Ablehnungsgesuchs (§ 28) auf andere Ablehnungsgründe gestützt wird, als welche in der Vorinstanz geltend gemacht worden sind, oder wenn zu Begründung einer sofortigen

*) Sarwey, CPO. I. S. 715; Gaupp, CPO. II. S. 593; Seuffert, CPO. S. 604; Wilmowski und Levy, CPO. S. 624; Kleiner, Comm. zur CPO. II. S. 611.

Beschwerde gegen die, das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verwerfende Entscheidung (§ 46 der StPO.) noch vor Ablauf der in § 45 für die Angabe und Glaubhaftmachung der Versäumungsgründe überhaupt vorgeschriebenen Frist in der Beschwerdeinstanz neue Versäumungsgründe geltend gemacht würden, dergleichen neue Anführungen zu berücksichtigen. Dagegen wird das Ergebniß der auf Grund des § 350 der StPO. angestellten Zwischenerörterungen Seiten des Beschwerdegerichts auch bei der Entscheidung über eine sofortige Beschwerde dann berücksichtigt werden können, wenn dadurch Punkte klar gestellt werden, welche genauer zu erörtern schon das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, verpflichtet und in der Lage gewesen wäre. Aus dem letzteren Gesichtspunkte wird namentlich in Fällen sofortiger Beschwerde der Staatsanwaltschaft aus § 209 Abs. 2 der StPO., wenn bei den auf Anordnung des Beschwerdegerichts angestellten Zwischenerörterungen eine veränderte Sachlage sich ergiebt, diese in vollem Umfange der Entscheidung zum Grunde zu legen sein, da nach § 200 der StPO. das Gericht, welches über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu entscheiden hat, zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen anordnen kann, infolge der Einlegung der Beschwerde aber das Beschwerdegericht an die Stelle des vorigen Richters tritt, und letzterer, hätte er von jener Befugniß Gebrauch gemacht, bereits die Füglichkeit gehabt hätte, eine andere Entscheidung zu fällen.

Ausnahmsweise hat jedoch in Fällen der sofortigen Beschwerde nach § 122 der StPO. das Beschwerdegericht stets nach Maßgabe des in der Beschwerdeinstanz sich herausstellenden Sachverhältnisses, selbst unter Berücksichtigung neuer Thatsachen und Beweise, zu entscheiden, da hier infolge des vor der Entscheidung des Beschwerdegerichts erforderlichen Gehörs der Betheiligten, welches eine Grundlage der Entscheidung zu bilden bestimmt ist und, wie aus der Erstreckung desselben auf die Erörterung über stattgehabte Ermittelungen hervorgeht, auch zu Beweiserhebungen in der Beschwerdeinstanz führen kann, der Entscheidungsfall in vollem Umfange an das Beschwerdegericht devolvirt wird.

Die Entscheidung über die durch eine Beschwerde erwachsenen

Kosten richtet sich nach den Vorschriften in § 505 der StPO. Diese Vorschriften sind insofern unvollständig, als eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt, wie es mit den Kosten eines Rechtsmittels gehalten werden solle, wenn dasselbe vollständigen Erfolg gehabt hat. Indessen muß daraus, daß nach ausdrücklicher Vorschrift des § 505 die Kosten des Rechtsmittels denjenigen, welcher dasselbe eingelegt hat, nur dann treffen sollen, wenn es zurückgenommen oder erfolglos eingelegt worden ist, gefolgert werden, daß die Kosten eines von durchgängigem Erfolge begleiteten Rechtsmittels demjenigen, welcher dasselbe eingelegt hat, nicht angesonnen werden können. Da jedoch andererseits kein Anhalt dafür besteht, dergleichen Kosten der Staatscasse aufzuerlegen, so empfiehlt sich in solchen Fällen die Entscheidungsformel, daß die betreffenden Kosten „außer Ansatz zu lassen“ seien.

Die Frage, wem im einzelnen Falle die Entscheidung des Beschwerdegerichts bekannt zu machen sei, beantwortet sich nach dem in § 35 der StPO. enthaltenen Grundsatze, daß Entscheidungen der Gerichte in Strafsachen den davon „betroffenen“ Personen bekannt zu machen sind. In der Regel wird die Bekanntmachung der Entscheidung des Beschwerdegerichts an den Beschwerdeführer und dessen Gegner, wo ein solcher vorhanden ist, als die von derselben betroffenen Personen, und zwar, da die Entscheidung über die Beschwerde meistentheils nicht in Anwesenheit der davon betroffenen Personen ergeht (§ 35 der StPO.), durch Zustellung zu erfolgen haben.*)

Anhang.

§ 12.

Die Aufsichtsbeschwerde.

Wie bereits in § 1 erwähnt wurde, liegt die sogenannte Aufsichtsbeschwerde, soweit sie Strafsachen betrifft, außerhalb des

*) Vergl. die Abhandlung des Verfassers in den Annalen des OLG., Bd. I. S. 223 und 225.

Bereichs der Strafprozeßordnung.*) Die Justizaufsicht ist durch die Reichsgesetzgebung nicht geregelt worden. Sie fällt unter diejenigen Geschäfte der Justizverwaltung, welche nach § 4 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen werden können. Die Landesgesetzgebung hat für das Königreich Sachsen die Materie der Justizaufsicht und der Aufsichtsbeschwerde in weiterer Ausführung des § 9 des Gesetzes, Bestimmungen zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877 ꝛc. enthaltend, vom 1. März 1879 geordnet in dem Gesetze, das Dienstverhältniß der Richter betreffend, vom 20. März 1880. Dasselbe spricht in §§ 12 und 13 ausdrücklich von „Aufsichtsbeschwerden“ und versteht darunter, wie aus § 9 hervorgeht, Beschwerden, welche über Verzögerungen, Bedrückungen und sonstige Ordnungswidrigkeiten bei Erledigung gerichtlicher Geschäfte erhoben werden. Der wesentliche Unterschied zwischen der prozessualen Beschwerde und der Aufsichtsbeschwerde zeigt sich darin, daß letztere keine Abänderung der richterlichen Entscheidung herbeiführen kann. Sachliche, d. h. die Richtigkeit der thatsächlichen Beurtheilung oder der Gesetzesanwendung im concreten Falle betreffende Beschwerden gegen richterliche Entscheidungen können daher niemals als Aufsichtsbeschwerden behandelt werden.**) Vielmehr kommen Aufsichtsrecht und Aufsichtsbeschwerde nur da zur Geltung, wo es sich um „Herbeiführung und Sicherstellung eines ordnungsmäßigen Geschäftsganges im Allgemeinen und in einzelnen Angelegenheiten durch Controlführung und sachliche Verfügungen zur Abstellung von Ordnungswidrigkeiten“ oder um „die den bestehenden reglementären Vorschriften sachlich entsprechende und den Anforderungen an eine prompte Rechtspflege Genüge leistende Erledigung der Geschäfte“ handelt. Die Justizaufsicht berührt aber nicht „dasjenige Gebiet, für welches die in den Prozeßgesetzen enthaltenen Normen über die Ausübung der richterlichen Gewalt im Sinne des § 1 des GVG. maßgebend

*) Motive zu § 290—298 des Entw. der StPO. S. 198, in Hahn's Mat. I. S. 247.

**) Annalen des OLG. II. S. 201.

sind, welche sich in der Entscheidung über materielle und prozessuale Parteirechte und in dem Anordnen des nach Maßgabe der Gesetze zu deren Realisirung und Schutz Erforderlichen manifestirt." *)

Organe der Aufsichtsgewalt sind nach den Einzelbestimmungen des obangezogenen Landesgesetzes vom 20. März 1880:

a) der nächste Dienstvorgesetzte (§ 9 verb. mit § 5),
b) die Dienstbehörde (§§ 4, 6),
c) die Aufsichtsbehörden (§§ 12—14).

Durch den nächsten Dienstvorgesetzten und die Dienstbehörde soll die Aufsichtsführung des vorgesetzten Beamten über die in dienstlicher Hinsicht untergeordneten Beamten, durch die Aufsichtsbehörden die Aufsichtsführung der vorgesetzten Behörde über die nachgeordneten Behörden vermittelt werden.**)

Die Ausübung des Aufsichtsrechts liegt nach § 9 des mehrangezogenen Gesetzes zunächst in der Hand des nächsten Dienstvorgesetzten. Die Befugnisse des nächsten Dienstvorgesetzten stehen nach § 6 auch der Dienstbehörde zu und können von derselben unmittelbar ausgeübt werden. Nicht minder wird in § 11 das Recht der Aufsichtsführung über die gehörige Wahrnehmung der Obliegenheiten des nächsten Dienstvorgesetzten der Dienstbehörde desselben beigelegt.

Daneben wird das Aufsichtsrecht von Amtswegen ausgeübt durch die Aufsichtsbehörden. Aufsichtsbehörden sind:

a) die Landgerichte über die innerhalb des Bezirks eines jeden fungirenden Amtsgerichte (§ 12),

b) das Oberlandesgericht über die Land- und Amtsgerichte (§ 13),

c) das Justizministerium über sämmtliche Gerichte des Landes (§ 14). Das Justizministerium ist zugleich oberste Dienstbehörde (§ 4 Abs. 3) und oberste Aufsichtsbehörde.

---

*) Vergl. Motive zu § 4 flg. des Gesetzes vom 20. März 1880, Landtagsacten von den Jahren 1879/80, II. Band, Königl. Decrete, Decret no. 28, S. 9.

**) Motive a. a. O., S. 10.

Die Ausübung des Aufsichtsrechts ist, insoweit dasselbe nach § 12 Abs. 3 den Landgerichten zusteht, ausschließlich in die Hand des Präsidenten gelegt und zwar auch dann, wenn die fragliche Ordnungswidrigkeit nicht von ihm selbst, sondern von anderen Mitgliedern des Landgerichts wahrgenommen wird. Es steht daher dem Collegium einer landgerichtlichen Strafkammer nicht das Befugniß zu, einem Amtsgericht Weisungen zugehen zu lassen, welche sich als Ausfluß des Aufsichtsrechts darstellen. Die Handhabung des Aufsichtsrechts von Seiten des Oberlandesgerichts wird zwar in § 13 Abs. 3 nicht mit solcher Bestimmtheit, wie in § 12 Abs. 3 in Ansehung der Landgerichte, ausschließlich dem Präsidenten zugewiesen. Indessen wird hieraus nicht gefolgert werden dürfen, daß Ordnungswidrigkeiten auch von dem betreffenden Senate, in dessen Mitte sie wahrgenommen werden, unter Anordnung des wegen deren Abstellung Erforderlichen gerügt werden können. Vielmehr ruht nach dem Grundprincipe des Gesetzes auch die Ausübung der dem Oberlandesgericht Amtswegen obliegenden Aufsicht ausschließlich in der Hand des Präsidenten dieses Gerichtshofs.

Nach theilweise abweichenden Normen ist die Zuständigkeit zur Entscheidung über Aufsichtsbeschwerden geregelt.

Zunächst hat nach § 9 der nächste Dienstvorgesetzte bei ihm erhobene oder zu diesem Behuf von der vorgesetzten Behörde an ihn abgegebene Aufsichtsbeschwerden zu erörtern und das zu deren Abstellung Erforderliche zu verfügen. Dieses Befugniß kann nach § 6 auch von der Dienstbehörde unmittelbar ausgeübt werden.

Aufsichtsbeschwerden über Amtsgerichte können nach § 12 Abs. 1, wenn schon nach Abs. 3 dem Präsidenten des Landgerichts das Aufsichtsrecht über die in dessen Bezirk fungirenden Amtsgerichte ohne Einschränkung zusteht, bei dem Landgericht nur dann erhoben werden, wenn sie mit einer beim Landgericht anhängigen oder in zweiter Instanz vor dasselbe gehörigen Rechtssache im Zusammenhange stehen. Die Erledigung solcher Beschwerden steht in diesem Falle dem Präsidenten des Landgerichts zu. Nicht connexe Aufsichtsbeschwerden über Amtsgerichte wird daher der Präsident des Landgerichts, falls sie bei dem Land-

gericht erhoben werden, an das Oberlandesgericht abzugeben haben.

Aufsichtsbeschwerden, welche an das Oberlandesgericht gelangen, erledigt der Präsident dieses Gerichtshofs, oder, wenn sie mit Rechtssachen im Zusammenhange stehen, welche zur Entscheidung über ein Rechtsmittel vorliegen oder vorgelegen haben, der Präsident des Senats, zu dessen Geschäftskreis die Behandlung der betreffenden Rechtssache gehört (§ 13 Abs. 2).

Im Uebrigen ist die Aufsichtsbeschwerde, ungeachtet der im Gesetze aufgestellten Staffel der Aufsichtsbehörden, an den denselben entsprechenden Instanzenzug nicht gebunden. Sie kann daher zwar, wenn Abhülfe nicht erfolgt, bei der nächsthöheren Aufsichtsbehörde erneuert werden; sie kann aber auch per saltum erhoben und daher in Fällen, wo sie bei dem Landgericht oder dem Oberlandesgericht erhoben werden kann, sofort bei dem Oberlandesgericht oder dem Justizministerium angebracht werdeu.

Präjudizien.

Strafprozeßrecht.

8.

Ablehnung eines Richters. Beschlußunfähigkeit des Gerichts, welchem der Abgelehnte angehört (§ 27 Abs. 1 der StPO.).

Beschluß des OLG. vom 17. Mai 1882 zu no. 225 V. A.

Da nach § 27 Abs. 1 der StPO. über das gegen einen Richter angebrachte Ablehnungsgesuch in der Regel dasjenige Gericht, welchem der Abgelehnte angehört, und, erst wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitglieds beschlußunfähig wird, das zunächst obere Gericht entscheidet,

unter demjenigen Gericht aber, welchem der Abgelehnte angehört, wenn das Ablehnungsgesuch gegen ein Mitglied eines Landgerichts in Betreff seiner Mitwirkung bei collegialer Thätigkeit des Gerichts angebracht wird, zwar die betreffende Strafkammer, welcher der abgelehnte Richter zugetheilt ist, jedoch nicht in der Beschränkung auf die zur Verhandlung und Entscheidung in dem concreten Falle, für welchen die Ablehnung erfolgt, bestimmte Zusammensetzung zu verstehen,

vielmehr bei Anwendung der gedachten Vorschrift davon auszugehen ist, daß zwar der abgelehnte Richter bei der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nicht mitwirken darf, sondern zum Zweck

dieser Entscheidung durch einen andern Richter, welcher der nämlichen Strafkammer angehört, nach den Vorschriften in § 62 und 65 des GVG. ersetzt werden muß, daß jedoch der Fall der Beschlußunfähigkeit und die dadurch begründete Zuständigkeit des zunächst oberen Gerichts erst dann eintritt, wenn so viele Mitglieder der Strafkammer abgelehnt werden, daß es an der zur Ersetzung derselben erforderlichen Richterzahl fehlt,

diese Voraussetzung aber im gegenwärtigen Falle, wo von den zur Verhandlung und Entscheidung über die in der Strafsache gegen Sch. von dem Angeklagten gegen das Urtheil des Schöffengerichts zu F. eingelegte Berufung zusammengetretenen Mitgliedern der II. Strafkammer des LG.'s F. zwei derselben, darunter der Vorsitzende, nach Bl. von dem Angeklagten in der Hauptverhandlung über jene Berufung vor Beginn der Berichterstattung abgelehnt worden sind, nicht vorliegt, wenn man erwägt, daß nach der Anzeige des LG.'s F. vom 11. Mai. d. J. der bezeichneten Strafkammer noch zwei ordentliche Mitglieder und vier regelmäßige Stellvertreter angehören, und daher in reichlichem Maße die Füglichkeit besteht, daß von der genannten Strafkammer selbst, welche über das Ablehnungsgesuch nach § 77 des GVG. in der Besetzung von drei Mitgliedern zu entscheiden haben würde, unter Ersetzung der von dem Ablehnungsgesuche betroffenen Richter durch die noch zur Verfügung stehenden ordentlichen Mitglieder der Kammer, und zwar des Vorsitzenden durch das dienstälteste Mitglied, entschieden werde:

so trägt das OLG., welchem die II. Strafkammer des LG.'s F. das erwähnte Ablehnungsgesuch unter Bezugnahme auf die Vorschriften in § 27 Abs. 1 der StPO., demnach in der nach Obigem unbegründeten Voraussetzung, daß sie durch das Ablehnungsgesuch beschlußunfähig geworden sei, zur Entscheidung angezeigt hat, Bedenken, dieser Entscheidung sich zu unterziehen, und überläßt vielmehr der genannten Strafkammer, über das vorgedachte Ablehnungsgesuch unter Beobachtung des in Vorstehendem angedeuteten Verfahrens selbst zu entscheiden.

9.

Geisteskrankheit des Angeschuldigten als Hinderniß der Strafverfolgung (§ 203 der StPO.).

Beschluß des OLG. vom 27. März 1882 no. 123 V. A.

Nachdem in der Strafsache gegen den Stellmachermeister W. zu M. wegen Beamtenbeleidigung von der Strafkammer des LG.'s zu F. nach Bl. die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen, auch nach Bl. Termin zur Hauptverhandlung bereits anberaumt worden war, beantragte Bl. der von dem Angeklagten erwählte Vertheidiger, indem er es als wahrscheinlich bezeichnete, daß der Angeklagte an Verfolgungs- und beziehentlich Querulantenwahnsinn leide, denselben unter vorläufiger Wiederaufhebung der Hauptverhandlung durch einen Sachverständigen exploriren zu lassen. Das in Folge dieses Antrags, welchem entsprochen wurde, eingeholte gerichtsärztliche Gutachten Bl. ist dahin ausgefallen, daß W. an Verfolgungswahnsinn, und zwar an derjenigen Unterform desselben leide, welche die Wissenschaft mit dem Namen des Querulanten- oder Prozeßkrämerwahnsinns bezeichne, und daß demzufolge W. als ein Mensch zu betrachten sei, der sich nicht im Besitze einer geistigen Gesundheit befinde. Den hierauf von der Staatsanwaltschaft Bl. gestellten Antrag, gemäß § 203 der StPO. wider den geisteskranken W. die vorläufige Einstellung des Verfahrens zu beschließen, hat jedoch die Strafkammer mittels des Beschlusses Bl. abgelehnt, indem sie davon ausgeht, daß die Voraussetzungen der nurangezogenen Gesetzesvorschrift nicht gegeben seien, und, gestützt auf eine Entscheidung des Reichsgerichts, welche abgedruckt ist in den

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, I. Bd. S. 49 flg.,

mit Rücksicht darauf, daß die Geisteskrankheit W.'s als eine solche sich darstelle, welche das bewußte Handeln des Angeklagten nur *partiell* ausschließe, die Fortstellung des eröffneten Hauptverfahrens für unbedenklich erachtet. Gegen diesen Beschluß hat die Staatsanwaltschaft Bl. Beschwerde erhoben und die Abänderung des letzteren dahin beantragt, daß gemäß § 203 der StPO. die Untersuchung gegen W. vorläufig einzustellen sei.

Nun leidet zwar die Vorschrift des § 203 der StPO. auf die prozessuale Lage des vorliegenden Falles nicht unmittelbare Anwendung, da jene Vorschrift, wie aus ihrem Zusammenhange mit § 196 hervorgeht, theils voraussetzt, daß eine Voruntersuchung stattgefunden habe, welche hier nicht vorausgegangen ist, theils überhaupt nur bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens in Anwendung gebracht werden kann und daher, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Eröffnung des Hauptverfahrens durch unanfechtbaren Beschluß bereits verfügt worden ist, nicht mehr anwendbar erscheint, zumal auch, wenn man darauf Gewicht legen wollte, daß das Gericht erst nach beschlossener Eröffnung des Hauptverfahrens von der bestehenden Geisteskrankheit des Angeklagten Kenntniß erlangt hat, die Reichs-StPO. eine dem Art. 269 der k. sächs. revid. StPO. vom 1. October 1868 analoge Vorschrift, wonach bei dem Hervortreten neuer Thatsachen oder Beweismittel nach der Verweisung des Angeklagten zur Hauptverhandlung die Füglichkeit gegeben war, das Verweisungserkenntniß zurückzuziehen, nicht kennt. Andererseits folgt aber aus der Natur der Sache, daß Geisteskrankheit des Beschuldigten im Allgemeinen ein Hinderniß der Strafverfolgung bildet, wie denn auch die Vorschriften in § 203 und 81 der StPO. nur als Folgesätze hiervon sich darstellen. Demgemäß kann gegen einen Geisteskranken auch keine Hauptverhandlung abgehalten werden. Vgl. auch

Löwe, StPO., 2. Aufl. S. 384 unter B. 20a.

Um jedoch die Strafverfolgung zu hemmen, muß die Geisteskrankheit des Angeschuldigten von solcher Beschaffenheit sein, daß er durch dieselbe an der vernünftigen Geltendmachung seiner Rechte in Bezug auf den Gegenstand der Anklage in einer gerichtlichen Verhandlung behindert sein würde. Ob diese Voraussetzung, deren Beurtheilung lediglich auf die Entscheidung der erkennenden Richter ohne den Beirath Sachverständiger zu stellen bedenklich fallen muß, in Ansehung W.'s vorhanden sei, glaubte man aus dem obangezogenen gerichtsärztlichen Gutachten nicht mit Sicherheit entnehmen zu können. Das OLG. hat daher gemäß § 83 der StPO. verbunden mit § 13 der Verordnung die Errichtung eines Landes-Medicinal-Collegiums betreffend, vom 12. April 1865 das Landes-Medicinal-Collegium um

Abgabe eines Gutachtens darüber ersucht, ob mehrgenannter W. in dem vorstehend bezeichneten Sinne gegenwärtig geisteskrank sei. In dessen Folge hat das Landes-Medicinal-Collegium, beziehentlich auf Grund persönlicher Exploration W.'s, das im Originale beifolgende Gutachten abgegeben, welches in seinen decisiven Theilen dahin geht, daß W. in Bezug auf seinen Geisteszustand gegenwärtig nicht als ein in jeder Beziehung gesunder Mann zu betrachten sei, vielmehr unter die Kategorie derjenigen Menschen gehöre, welche an der psychischen Anomalie leiden, welche die Wissenschaft mit Rücksicht auf ihre Entstehungsweise und den vorherrschenden Inhalt der Wahnvorstellungen mit dem Namen des „Querulantenwahnsinns"*) bezeichnet habe, und daß, wenn auch die bestehende Geistesstörung nur als eine partielle zu betrachten sei, indem sie sich vorzugsweise nur in einer besonderen Gedankenreihe äußere, während der übrige Bewußtseinsinhalt davon noch unberührt erscheine, dennoch W. in einer gerichtlichen Verhandlung an der vernünftigen Geltendmachung seiner Rechte in Bezug auf den Gegenstand der wider ihn erhobenen Anklage, da er sich über denselben gar nicht würde äußern können, ohne das Gebiet zu berühren, in welchem sich die Störung seines Denk- und Gefühlsvermögens bewegt, behindert sein würde.

Wenn nun unter solchen Umständen die Abhaltung der Hauptverhandlung gegen W. in der gegenwärtigen Strafsache als unstatthaft sich darstellt, so war die vorläufige Aussetzung der Hauptverhandlung zu beschließen, und wird daher mit Abhaltung derselben so lange anzustehen sein, bis etwa W. seine vollständige geistige Gesundheit wieder erlangt haben sollte, welchenfalls bei der Aburtheilung § 51 des StGB.'s in Frage kommen würde.

A.

Aus dem Gutachten des K. Landes-Medicinal-Collegiums vom 6. März 1882.

Die Entstehung des Querulantenwahnsinns, einer verhältnißmäßig nicht selten vorkommenden Form geistiger Störung, ist in der

---

*) Anm. Die in dem Gutachten enthaltene Charakteristik dieser Form der Geistesstörung wird im Anhange unter A mitgetheilt.

Regel darauf zurückzuführen, daß die betreffenden Personen in irgend einem Rechtsstreite, anstatt denselben zu gewinnen, und sich dadurch eines erhofften Vortheils oder der Befriedigung eines sonstigen Anspruchs erfreuen zu können, im Gegentheile unterliegen, und daß sie durch diese vermeintliche Kränkung ihrer Rechte eine mächtige Erschütterung in ihrem Seelenleben erfahren, welche um so bedeutender ausfällt, je empfindsamer und leidenschaftlicher solche Menschen von Natur veranlagt sind. In wichtigen Lebensinteressen durch den unerwarteten Ausgang des Rechtsstreits auf das Empfindlichste verletzt, verlieren sie leicht die Besonnenheit und Ruhe des Urtheils, um die Gründe, aus welchen die richterliche Entscheidung erfolgte, gehörig zu würdigen und um anerkennen zu können, daß diese Entscheidung nicht anders, als es geschehen, getroffen werden konnte. In der leidenschaftlich erregten Stimmung des Gemüths drängt sich ihnen dann der Gedanke auf, daß das Urtheil des Richters ein falsches und ungerechtes gewesen, und daß von Seiten der erkennenden Behörde nicht so sehr juristische Gründe, als vielmehr ganz andere, und zwar gegen ihre Person gerichtete Motive es gewesen, aus denen der für sie ungünstige Spruch gefällt worden ist. Je mächtiger aber die Erschütterung ihres Gemüths durch die vermeintliche Kränkung ihrer Rechte gewesen, desto stärker wird auch umgekehrt ihr Drang, sich das ihnen versagte Recht zu erobern, und nun beginnen solche Personen eine Art geistigen Kampfes mit den verschiedensten Behörden und richterlichen Instanzen, um das, was ihnen ihrer Ansicht nach auf ungerechte Art vorenthalten wird, zu erstreiten und um jeden Preis zu gewinnen.

Anfangs bewegt sich ein solches Gebahren noch in den Breiten der psychischen Gesundheit, insofern eine derartige Denk- und Handlungsweise noch als das Ergebniß eines durch ein widerwärtiges Ereigniß verletzten und dadurch in leidenschaftliche Stimmung versetzten Gemüths erscheint. Je stärker und tiefer aber solche Ereignisse auf solche Personen einstürmen, desto heftiger werden sie dadurch in ihrem Inneren erschüttert und desto tiefer schlägt dann in ihrer Seele der Gedanke Wurzel, daß sie geflissentlich Unrecht zu leiden haben, daß von Seiten der Justizbehörden sie mit Haß verfolgt werden, daß letztere es auf ihren Ruin abgesehen haben, und dergleichen mehr, so

daß sie schließlich in diesem Punkte alle Klarheit des Urtheils verlieren. Dann gewahrt man, wie solche Personen in ihrem unablässigen Kampfe mit den Behörden ihr Vermögen vergeuden, ihren Wohlstand untergraben, wie sie die Rechtsinstanzen, bis zu den höchsten hinauf mit immer neuen Eingaben und Beschwerden bestürmen, welche Schriftstücke, meistens des Nachts verfaßt, sich durch große Weitschweifigkeit auszeichnen, wie sie in diesen Elaboraten die Justizbeamten oder je nach Umständen auch ihre Sachwalter mit den beleidigendsten Ausdrücken belegen, sie für Meineidige, für Diebe rc., für bestochen erklären, sie der Parteinahme gegen ihre Person anklagen und sie beschuldigen, mit ihren Gegnern unter einer Decke zu stecken, wie sie endlich den gerichtlichen Anordnungen und Maßregeln, wie z. B. Auspfändungen, Verhaftungen, offenen und thätlichen Widerstand entgegensetzen.

Es ist eine bekannte Thatsache, daß solche Menschen lange Zeit von der Laien verkannt werden, indem man ihr gesammtes Gebahren und die in ihren Schriftstücken enthaltenen Beleidigungen lediglich als den Ausdruck der Böswilligkeit, der Streitsucht und des gegen die behördliche Autorität gerichteten Trotzes auffaßt, theils weil sie, kaum bestraft, sich des Vergehens der Amtsehrenbeleidigung sofort wieder schuldig zu machen pflegen, theils aber auch, weil solche Individuen trotz aller Einsichtslosigkeit für das Thörichte und Verletzende ihrer Handlungsweise, nicht blos eine bemerkenswerthe Dialektik und Rechtskenntniß besitzen, sondern auch in ihrer sonstigen Lebensführung sich von gesunden Personen ihrer Bildung und Stellung nicht wesentlich unterscheiden, während doch ihr consequentes und unbeugsames Verhalten nur die natürliche und nothwendige Folge ihres in einer bestimmten Richtung gestörten Seelenzustandes ist.

So kommt es, daß der wahre Zustand solcher Personen oft erst dann erkannt wird, wenn sie in langwierigen Prozessen ihren Wohlstand vernichtet, endlos die Gerichte bestürmt und behelligt und selbst auch sich an ihren vermeintlichen Widersachern und Feinden gerächt haben.

Verwaltungsstrafsachen.

3.

Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Abschlagens eines Fischwassers (§ 13 des Gesetzes über die Ausübung der Fischerei in fließenden Gewässern vom 15. October 1868).

Urtheil des OLG.'s vom 22. März 1882 no. 16 V. B.

Nach Maßgabe der in den Vorinstanzen ergangenen Urtheile ist Folgendes als erwiesen angesehen worden:

1. Auf Anordnung L.'s, des Mitinhabers der Spinnerei zu A. bei P. als Vertreters des andern Mitinhabers, des gegenwärtigen Angeklagten Sch., ist eines Tages im Monat October 1881 durch theilweise Wegnahme des zu dieser Fabrik gehörigen, in die Mulde eingebauten Wehrs, um das Herausschaffen des oberhalb der Fabrike am linken Ufer der Mulde in dem Flußbett angehäuften Sandes zu ermöglichen, innerhalb der zwischen P. und der genannten Spinnerei gelegenen Flußstrecke, auf welcher dem Fischereipachter J. die Fischerei zusteht, das Wasser der Mulde mit dem Erfolge abgeschlagen worden, daß dadurch zwar nicht ein Trockenlegen des von J. zur Ausübung der Fischerei erpachteten Flußtractes in seiner ganzen Ausdehnung, wohl aber ein Trockenlegen einer innerhalb dieses Flußtractes befindlichen, räumlich abgegrenzten Strecke — einer ungefähr 40 Ellen breiten, am linken Ufer sich hinziehenden Sandbank — herbeigeführt worden ist und in Folge des Abfließens des Wassers die damals auf der trocken gelegten Flußstrecke befindlich gewesenen Fische — die Fischbrut — umgekommen sind.

2. Genannter L. hat in Vertretung des Angeklagten unterlassen, von der beabsichtigten Abschlagung des Flußwassers den genannten J., welchem auf der davon betroffenen Strecke der Mulde die Fischerei pachtweise zusteht, 24 Stunden vorher zu benachrichtigen.

Indem auf Grund dieser Feststellungen die Berufungsinstanz den Angeklagten Sch. einer nach § 4 unter b des Gesetzes vom 16. Juli 1874 strafbaren Zuwiderhandlung gegen § 13 Abs. 2 des Gesetzes über die Ausübung der Fischerei in fließenden Gewässern

vom 15. October 1868 für schuldig erachtet hat, legt sie die nurgedachte Vorschrift dahin aus, daß ein vollständiges Abschlagen eines Fischwassers schon dann vorliege, wenn in Folge davon das Wasser auch nur von einzelnen Theilen und Strecken des betreffenden Flußtractes gänzlich abgeflossen sei.

Die Revision des Angeklagten rügt unrichtige Anwendung der zuletzt angezogenen Gesetzesstelle, indem die daselbst vorgeschriebene Benachrichtigung des Fischereiberechtigten nur auf den Fall sich beziehe, wenn ein Fischwasser vollständig abgeschlagen werde, mithin theilweises Abschlagen eines Fischwassers auch ohne vorherige Benachrichtigung des Fischereiberechtigten gestattet, unter dem vollständigen Abschlagen eines Fischwassers aber die Abschlagung des ganzen Fischwassers in dem Maße, daß das ganze Flußbett, nicht etwa blos ein Theil oder gar nur eine zufällige und wechselnde Erhöhung desselben, wie eine Sandbank, vom Fischwasser blosgelegt werde, zu verstehen sei, und da unter den festgestellten Umständen nur ein theilweises, nicht ein vollständiges Abschlagen des Fischwassers stattgefunden, eine Verpflichtung zu vorheriger Benachrichtigung des Fischereiberechtigten nicht bestanden habe.

Bezüglich dieses Einwandes war das Rechtsmittel für begründet zu erachten.

Das angezogene Gesetz vom 15. October 1868 unterscheidet in § 13, indem es im ersten Absatze bestimmt:

> „Das vollständige Abschlagen oder Ablassen natürlicher oder künstlicher Wasserläufe behufs der Fischerei ist verboten“,

und im zweiten Absatze:

> „Zu anderen Zwecken darf ein Fischwasser nur nach wenigstens 24 Stunden vorher erfolgter Benachrichtigung des Fischereiberechtigten abgeschlagen werden;

zwischen dem Abschlagen von Fischwasser

a. behufs der Fischerei

und

b. zu anderen Zwecken.

Der erste Absatz des § 13, welcher von dem Abschlagen von Wasserläufen behufs der Fischerei handelt, enthält eine rein

polizeiliche Vorschrift, welche die Art und Weise der Ausübung der Fischerei regelt und zum Schutze der Fischerei d. h. zu Erhaltung der Fische für nöthig befunden worden ist, vgl.

Landtagsmittheilungen von 1866/68 2. Kammer, 2. Bd. S. 1511, 1512.

Die Vorschrift bezweckt, daß nicht ein Fischwasser, in welchem Fische im natürlichen Zustande leben, dergestalt abgelassen werden könne, daß eine vollständige Vernichtung dieser Fische, und namentlich der Brut, eintritt.

Angez. Landtagsmittheilungen, 2. Kammer 3. Bd. S. 2543.

Die Bestimmung im zweiten Absatze des § 13 dagegen, welche von dem Abschlagen eines Fischwassers zu anderen Zwecken, als behufs der Fischerei, handelt, ist darauf berechnet, die Interessen der Landwirthschaft und Industrie, insbesondere der Inhaber von Wasserwerken, mit den Interessen der Fischerei zu vereinigen. Auf den ausschließlichen Schutz des Fischereiberechtigten, wie die vorige Instanz annimmt, ist sie keineswegs berechnet. Man war, wie bei den Landtagsverhandlungen betont wurde, bestrebt, das Gesetz so zu machen, daß die Industrie, die Landwirthschaft und die Fischerei mit einander und neben einander existiren können, man hielt jedoch da, wo Landwirthschaft, Gewerbe und Fischerei gemeinschaftlich auftreten, die Landwirthschaft und Industrie für das Wichtigere, vor welchen die Fischerei in den Hintergrund treten müsse.

Angez. Landtagsmittheilungen, 2. Kammer 2. Bd. S. 1505 1507.

Der Schutz der Fischereiberechtigten und der Fische wird daher bei Collisionen mit den Bedürfnissen der Landwirthschaft und Industrie, wie z. B. auch aus der Vorschrift in § 9 des Gesetzes hervorgeht, keineswegs an die Spitze gestellt, sondern es soll jener Schutz den Ansprüchen der Landwirthschaft und Industrie gegenüber nur nicht außer Berücksichtigung bleiben. Aus diesem Gesichtspunkte hat das Gesetz in dem Falle des § 13 Abs. 2 die vorherige Benachrichtigung des Fischereiberechtigten von dem beabsichtigten Abschlagen des Fischwassers, und zwar, wie die vorige Instanz richtig hervorhebt, offenbar zu dem Zwecke vorgeschrieben, damit der Fischereiberechtigte rechtzeitig sachgemäße Vorkehrungen zur Abwendung derjenigen Ge-

fahren und Nachtheile treffen könne, welche mit einem Niedergehen des Wassers für die in demselben sich aufhaltenden Fische naturgemäß verbunden sind. Nun ist es zwar richtig, daß diese Gefahren und Nachtheile nicht blos dann vorhanden sind, wenn in Folge des Abschlagens des Wassers der in Betracht kommende Wasserlauf in seiner ganzen Ausdehnung seines ganzen Wassers beraubt wird, sondern auch dann eintreten können, wenn auch nur an einzelnen Stellen oder Strecken des Wasserbetts ein gänzliches Abfließen des Wassers erfolgt, namentlich wenn die auf den betroffenen Stellen zur Zeit der Abschlagung des Wassers sich aufhaltenden Fische nicht schnell genug zurückgehen können. Allein hieraus folgt nicht ohne Weiteres, daß auf Fälle der letzteren Art die Vorschrift im zweiten Absatze des § 13 auch zu beziehen sei. Vielmehr bildet die gemeinschaftliche Voraussetzung der im ersten und zweiten Absatze enthaltenen Vorschriften: das vollständige Abschlagen eines Fischwassers. Hierunter ist aber dem Wortlaute nach ein völliges Trockenlegen des Wasserbetts zu verstehen. Bei der Gleichartigkeit der im ersten und zweiten Absatze des § 13 gebrauchten Ausdrucksweise ist man auch nicht berechtigt, den Begriff des vollständigen Abschlagens eines Fischwassers in dem zweiten Absatze in einem anderen Sinne zu verstehen, als in dem ersten.

Diese grammatische Auslegung wird durch den Gang der Landtagsverhandlungen, welche zu Aufstellung der in Frage stehenden Vorschriften geführt haben, in überzeugender Weise bestätigt.

Der dem § 13 des Gesetzes entsprechende § 14 des Entwurfs —

vgl. Landtagsacten von den Jahren 1866/68 1. Abth. 3. Bd. S. 89 —

lautete also:

„Das Abschlagen oder Ablassen natürlicher und künstlicher Wasserläufe behufs der Fischerei ist verboten.

Zum Behufe der Reinigung darf solches nur nach wenigstens vierzehn Tage vorher erfolgter Benachrichtigung des Fischereiberechtigten und nur im Juli und August (wo keine Forellenarten vorkommen, auch im September bis November) geschehen.

In diese Zeit sind alle sonstigen Arbeiten an Fischwässern —

nicht dringliche Uferbauten, Schlämmen, Uferholzbauen, Beseitigen des Schilfes und der Wasserpflanzen ꝛc. — zu verlegen.

Beim Abschlagen der Mühlgräben darf der Abzugsgraben nicht verstellt werden, auch ist bei dem Ablassen von Fischwässern stets in geeigneter Weise dafür zu sorgen, daß den Fischen Gelegenheit zum Entweichen gegeben werde."

In der zweiten Kammer, an welche der Gesetzentwurf zuerst gelangte, hat der gedachte Paragraph einer sehr umfänglichen Berathung unterlegen.

Angez. Landtagsmittheilungen 2. Kammer, 2. Bd. S. 1504 flg.

Man fand namentlich die in den angezogenen Paragraphen zum Schutze der Fischerei aufgenommenen Vorschriften als zu weit gehend. Gegen den zweiten und dritten Absatz wurde eingewendet, daß sie für den Besitzer einer gewerblichen Anlage und dergleichen zu große Beschränkungen enthielten; insbesondere sei es zu viel verlangt, wenn dieser das Ablassen des Wassers den Fischereiberechtigten vierzehn Tage vorher anmelden müsse; denn entstehe z. B. an dem Mühlwerk ein Schaden, welcher, ohne das Wasser abzulassen, nicht reparirt werden könne, so müsse das ganze Werk vierzehn Tage still stehen; nicht minder sei es für die Landwirthschaft nachtheilig, wenn der Grundbesitzer, der seine Wiese bewässern wolle, eine so lange Frist abwarten müsse, weil dann in der Regel die günstige Gelegenheit vorüber sein werde. Im letzten Absatze endlich fand man eine nicht gerechtfertigte Beschränkung, welche nicht im Verhältniß zu dem Nutzen stehe, welchen sie der Fischerei gewähre.

Die Deputation der zweiten Kammer schlug daher für den in Rede stehenden Paragraphen —

vgl. Landtagsacten von den Jahren 1867/68, Beilagen zur III. Abth. 1. Bd. S. 798 —

unter völliger Beseitigung des zweiten, dritten und vierten Absatzes folgende Fassung vor:

„Das Abschlagen oder Ablassen natürlicher oder künstlicher Wasserläufe behufs der Fischerei ist verboten.

Zum Behuf der Bewässerung von Gräben und Wiesen darf ein Fischwasser nur nach wenigstens 24 Stunden, zu anderen

Zwecken nur nach zwei Tage vorher erfolgter Benachrichtigung des Fischereiberechtigten abgeschlagen werden."

Auf die Anfrage eines Abgeordneten —

vgl. angez. Landtagsmittheilungen, 2. Kammer, 2. Bd. S. 1507 —

was denn die Deputation unter: Abschlagen des Wassers eigentlich verstanden wissen wolle, erwiderte der Referent: unter dem „Abschlagen oder Ablassen natürlicher oder künstlicher Wasserläufe" seien natürlich nur die Fälle verstanden, wenn das Wasser vollständig abgeschlagen werde; ein theilweises Abschlagen oder theilweises Ablassen, welches noch so viel Wasser in dem Graben oder natürlichen Wasserlaufe lasse, daß die Fische leben könnten, sei hierunter nicht gemeint. Zugleich schlug der Referent zu Beschwichtigung der laut gewordenen Bedenken vor, hinter dem Worte: „Fischereiberechtigten" das Wort: „vollständig" einzuschalten, womit die Mitglieder der Deputation sich einverstanden erklärten.

Angez. Landtagsmittheilungen, a. a. O., S. 1508.

Im weiteren Verlaufe der Debatte machte endlich der Referent der Deputation den von den Mitgliedern derselben sofort genehmigten Vorschlag, anstatt des zweiten Absatzes, welchen die Deputation vorgeschlagen hatte, folgenden aufzunehmen:

„Zu anderen Zwecken darf ein Fischwasser —, falls nicht Gefahr auf dem Verzuge steht, — nur nach wenigstens 24 Stunden vorher erfolgter Benachrichtigung des Fischereiberechtigten vollständig abgeschlagen werden",

worauf schließlich der erste Absatz in der ursprünglich von der Deputation vorgeschlagenen Fassung, und der zweite Absatz in der nachträglich vorgeschlagenen modificirten Fassung von der Kammer genehmigt wurde.

Angez. Landtagsmittheilungen, a. a. O., S. 1516, 1517.

Auf Antrag der Deputation der ersten Kammer wurde im ersten Absatze vor: „Abschlagen" das Wort: „vollständige" eingeschoben und zur Motivirung dieses Vorschlags im Deputationsberichte —

Landtagsacten von den Jahren 1866/68, Beilagen zu den Protokollen der I. Kammer, 1. Bd. S. 508 —

bemerkt:

der erste Absatz scheine zu weit zu gehen, indem er behufs der

Fischerei alles und jedes Ablassen eines Wasserlaufs untersage; es würde dann mancher Fischereiberechtigter gar nicht fischen können; die Absicht sei wohl nur dahin gegangen, daß das Wasser nicht vollständig, sondern insoweit abgelassen werde, daß das Fischen zwar möglich sei, die Fische aber nicht dem Verderben ausgesetzt seien.

Im Uebrigen wurde in dem angezogenen Deputationsberichte gesagt:

Aus der Fassung des zweiten Absatzes folge, daß es einer vorherigen Anmeldung überhaupt nur dann bedürfe, wenn das Fischwasser vollständig abgelassen werden solle, so daß also z. B. das Ablassen von Wasser zur Wiesenwässerung, sobald, was in der Regel der Fall sei, nur ein Theil des Wassers abgeschlagen werde, gar nicht angemeldet zu werden brauche.

Von der ersten Kammer wurde der Paragraph in der von ihrer Deputation beantragten Fassung, und damit auch jener Zusatz, angenommen. Vgl.

angez. Landtagsmittheilungen, 1. Kammer, 2. Bd. S. 1265.

Auf den anderweiten Bericht der Deputation der zweiten Kammer, vgl.

Landtagsacten von den Jahren 1866/68, Beilagen zu den Protokollen der II. Kammer, 3. Bd. S. 341,

welcher hervorhob, daß für die Einschaltung des Wortes: „vollständig" auf der ersten Zeile des ersten Absatzes dieselben Gründe sprächen, welche seiner Zeit die Einschaltung desselben in den zweiten Absatz veranlaßt hätten, ist die zweite Kammer dem nurerwähnten Beschlusse der ersten Kammer beigetreten, nachdem zuvor noch der Referent bemerkt hatte, die Bestimmung in Abs. 1 des § 13 bezwecke lediglich, dem Ruin der Fischerei vorzubeugen, welcher unabweislich eintreten würde, wenn es gestattet wäre, behufs der Fischerei künstliche sowohl wie natürliche Wasserläufe vollständig abzuschlagen, d. h. so trocken zu legen, daß keine Fische mehr in denselben leben könnten. Vgl.

angez. Landtagsmittheilungen, 2. Kammer, 3. Bd. S. 2544.

Hiernach allenthalben kann der Umstand, daß bei theilweisem Abschlagen eines Fischwassers, namentlich wenn das Wasser so schnell abgelassen wird, daß die Fische nicht bei dem Ablassen sich zurück-

ziehen können, eine Schädigung des Fischereiberechtigten **auch** möglich ist, für die Auslegung des § 13 Abs. 2 des Gesetzes nicht allein als ausschlaggebend angesehen werden. Vielmehr soll nach dem Willen der Gesetzgebungsfactoren, womit auch der Wortlaut des Gesetzes übereinstimmt, das theilweise Ablassen eines Fischwassers zu landwirthschaftlichen und gewerblichen Zwecken auch ohne vorherige Benachrichtigung des Fischereiberechtigten, selbst auf die Gefahr hin, daß der Fischereiberechtigte dadurch benachtheiligt werde, gestattet sein. Insoweit ist bei dem Abwägen der sich kreuzenden Interessen der Industrie, der Landwirthschaft und der Fischerei den Interessen der Landwirthschaft und Industrie das Uebergewicht eingeräumt worden, was insbesondere auch daraus erhellt, daß nicht einmal die im 4. Absatze des § 14 des Entwurfs enthaltene Bestimmung, daß bei dem Ablassen von Fischwässern stets in geeigneter Weise dafür zu sorgen sei, daß den Fischen Gelegenheit zum Entweichen gegeben werde, — welche wohl geeignet gewesen wäre, den bei theilweisem Abschlagen eines Fischwassers dem Fischereiberechtigten drohenden Nachtheilen zu begegnen, — in das Gesetz Aufnahme gefunden hat.

Wenn nun das im vorliegenden Falle bewirkte Ablassen des Fischwassers in einem Theile der Mulde, wodurch nur eine Sandbank in der letzteren blosgelegt worden ist, als ein **vollständiges** Abschlagen des Fischwassers um so weniger angesehen werden kann, als die Feststellungen der vorigen Instanz nicht etwa der Auffassung Raum gewähren, daß der blosgelegte Theil des Flußbetts als ein **selbständiges** Fischwasser zu betrachten gewesen sei, vielmehr derselbe Bl. ausdrücklich nur als eine **innerhalb** des zur Ausübung der Fischerei von J. erpachteten Flußtractes befindliche Strecke bezeichnet wird, unter solchen Umständen aber eine Verpflichtung zur vorherigen Benachrichtigung des Fischereiberechtigten nicht bestand, so leidet auf das festgestellte Verhalten des Angeklagten § 13 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. October 1868 und die entsprechende Strafbestimmung in § 4 unter b des Gesetzes vom 16. Juli 1874 keine Anwendung, und war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urtheils der Angeklagte gemäß § 394 der StPO. des ihm Beigemessenen halber freizusprechen.

Ist ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung über den Kostenpunkt zulässig, wenn in der untern Instanz lediglich über diesen Punkt, nicht über die Hauptsache entschieden ist? Zu § 94 der CPO.

Vom Oberappellationsrath **Klemm**.

Ueber die Auslegung von § 94 der CPO. ist eine Streitfrage entstanden, welche zur Zeit noch als eine offene bezeichnet werden muß und welche eine große praktische Tragweite hat. Der Paragraph bestimmt in kurzen Worten:

„Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird."

Der Zweifel ist nun der:

Ist diese Vorschrift nur von dem Falle zu verstehen, in welchem von der untern Instanz eine Entscheidung in der Hauptsache ertheilt und über den Kostenpunkt in dieser Entscheidung als Nebenpunkt mit entschieden worden ist?

oder

leidet § 94 auch dann Anwendung, wenn in der unteren Instanz eine Entscheidung lediglich über den Kostenpunkt, nicht aber über die Hauptsache ertheilt worden ist? — Bei Bejahung der ersten Frage faßt man den Paragraph im engern Sinne, bei Bejahung der zweiten Frage faßt man ihn im weitern Sinne auf.

Von den Commentatoren haben sich zum § 94 Seuffert, 2. Ausg.; Gaupp Bd. I. unter 1; Hellmann S. 327 flg. unter 2; v. Wilmowski und Levy, 2. Aufl. unter 1; Struckmann und Koch, 3. Aufl. unter 1 und Puchelt, Bd. I. unter 3 für die Auffassung im weiteren Sinne, Kleiner, Bd. I. S. 435 und

v. Bülow (II. Aufl.) zu § 94 bei 2 dagegen für die Auffassung im engern Sinne, die Ersteren also für die Versagung des Rechtsmittels, die Letzteren für Zulassung des Rechtsmittels gegen lediglich den Kostenpunkt betreffende Entscheidungen ausgesprochen. In der Judikatur ist in einem Urtheile des obersten Landesgerichtshofes für Bayern vom 21. März 1882 (mitgetheilt bei Wengler, Archiv ꝛc. 1883 S. 30 flg.) die weitere Bedeutung des Paragraphen zur Geltung gebracht worden, wogegen in dem Urtheile des Reichsgerichts, welches im VI. Bande der Entscheidungen dieses Gerichtshofes in Civilsachen S. 432 flg. veröffentlicht worden ist, der § 94 in der engern Bedeutung Anwendung gefunden hat.

Vom K. S. Oberlandesgerichte hat der II. Senat in einem am 15. Mai 1882 verkündeten Urtheile (O. II. 46 v. 1882) den Paragraphen im weiteren Sinne aufgefaßt. Neuerdings haben jedoch die vereinigten Civilsenate des K. S. OLG. nach gepflogener gemeinsamer Berathung sich dafür entschieden, daß § 94 in der engern Bedeutung aufzufassen, mithin

> gegen Entscheidungen, welche lediglich den Kostenpunkt betreffen, die Zulässigkeit des (im Uebrigen den Vorschriften der CPO. gemäßen) Rechtsmittels

anzunehmen sei.

Bei diesem Stande der Frage sei es erlaubt, auch an dieser Stelle derselben, insbesondere den für die Zulassung des Rechtsmittels sprechenden Gründen, näher zu treten.*)

Vor Allem hat man sich zu vergegenwärtigen, daß unter der Entscheidung über den Kostenpunkt hier der richterliche Ausspruch: wer schuldig sei, die Prozeßkosten ganz oder theilweise zu tragen, zu verstehen sei, nicht aber der zur Beschaffung eines vollstreckbaren Schuldtitels nöthige, die Festsetzung des zu erstattenden Betrages enthaltende Ausspruch, der Kostenfestsetzungsbeschluß; letzterer ist bekanntlich selbständig durch sofortige Beschwerde anfechtbar (§§ 98, 99 Abs. 3 der CPO.).

*) Die nun folgende Motivirung vertritt der Verfasser persönlich.
D. Red.

Sodann ist das Wort: „Rechtsmittel" im § 94 von wesentlicher Bedeutung; es trifft die Vorschrift alle Fälle, in welchen überhaupt ein Rechtsmittel, also: Berufung, Revision oder Beschwerde in Frage kommen kann. Als häufigster Fall eines lediglich die Frage wegen Tragung der Kosten betreffenden Urtheils ist die Verurtheilung Klägers zu Tragung der Kosten des Rechtsstreites nach § 243 Abs. 3 der CPO. — bei Zurücknahme der Klage — zu erwähnen. Auch dürfte hierher der besondere Fall zu rechnen sein, wenn, nach § 105 der CPO., wegen rechtzeitig von einem klagenden Ausländer nicht geleisteter Sicherheit durch rechtskräftiges Endurtheil die Klage vom Gericht für zurückgenommen erklärt worden ist und nunmehro der Beklagte — gestützt auf § 243 Abs. 3 der CPO. — Klägers Verurtheilung in Tragung der Prozeßkosten beantragt.

Als hierher gehörige Beispiele von Fällen, in welchen eine Beschlußfassung in der Hauptsache nicht einzutreten hat und nunmehro ausschließlich der Kostenpunkt — die Frage wegen Tragung der Kosten — durch Beschluß erledigt wird, dürften diejenigen Fälle gelten können, in welchen Anträge, Einwendungen oder Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren oder die Weigerung desselben betreffen, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Vollstreckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, vor der Entscheidung, in der Hauptsache durch Befriedigung des Antragstellers, oder sonst, sich erledigen und nunmehro Dasjenige, was der Letztere in Ansehung des Kostenpunktes beantragt hat, abgelehnt wird — § 685 der CPO. verbunden mit §§ 35⁴, 47¹⁴ des GKG. (neue Fassung).

Hält man sich an den Wortlaut des Gesetzes, so scheint schon dieser für die engere Auffassung zu sprechen; denn, wird der Gedankengang des § 94 positiv ausgedrückt, so besagt derselbe daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt nur dann zulässig sein soll, wenn gegen dieselbe in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Der Sachverhalt, welchen der Gesetzgeber vor Augen hat, ist also offenbar der, daß eine Entscheidung in der Hauptsache vorliege, deren (mate-

riellen) Inhalt das Rechtsmittel angreift, wenn die Nachprüfung des in einem solchen Falle als Nebenpunkt mit entschiedenen Kostenpunktes durch die höhere Instanz herbeigeführt werden soll. Eine Loslösung der Prüfung dieses Nebenpunktes soll in einem solchen Falle nicht stattfinden. Darf man hieraus nun folgern — denn auf eine derartige Folgerung kommt die Annahme der weiteren Bedeutung der Vorschrift in § 94 hinaus — daß, wenn der Kostenpunkt allein den Gegenstand der Entscheidung bildet, wenn er den Hauptpunkt derselben ausmacht, der betheiligten Prozeßpartei der Weg der Nachprüfung durch die höhere Instanz abgeschnitten sein solle? Mit allgemeinen Grundsätzen läßt sich hier etwas nicht ausrichten; denn dem etwa hierher zu beziehenden Satze: daß aus dem Rechtsmittelsysteme der CPO. gegenüber manchen frühern partikularen Prozeßgesetzgebungen, auch gegenüber dem gemeinen Prozeßrechte, das Princip einer Beschränkung des Gebrauchs der Rechtsmittel erkennbar werde, tritt ein anderer allgemeiner, durch die CPO. nicht zum Gegenstande einer besondern Disposition gemachter prozessualischer Grundsatz entgegen, wonach im Zweifel immer für die Zulassung der im Allgemeinen in dem geltenden Prozeßsysteme anerkannten Rechtsmittel zu entscheiden ist; ein Satz, welchen das Reichsgericht in dem oben in Bezug genommenen Urtheile sogar direct für die von ihm befolgte engere Auffassung des § 94 mit geltend gemacht hat.

Bleibt man also beim Wortlaute des Gesetzes stehen, so scheint es allerdings schon hiernach, als müsse man sich für die engere Auffassung entscheiden; der Fall, daß

„gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingewendet wird“,

setzt eben die Existenz einer Entscheidung in der Hauptsache voraus; ist eine solche gar nicht vorhanden, so ist auch der Fall, welchen das Gesetz seinem Wortlaute nach trifft, nicht vorhanden und es kann sich nur fragen, ob im Wege gerechtfertigter Analogie oder ausdehnender Auslegung (extensiver Interpretation) dahin gelangt werden könne, auch für diesen Fall die Bestimmung des § 94 als zutreffend zu erachten. Hier hat man als wichtigste Quelle für die Entscheidung die speciellen Motiven zu § 94 (§ 92

des Entwurfs, bei Hahn, Materialien I. 6. Abth. S. 200 flg.), welche den Standpunkt des Gesetzgebers kennzeichnen, zu beachten. Diese Motiven besagen aber: es sei zu erwägen, daß es aus allgemeinen Gründen mißlich sei, Rechtsmittel, auch nur in Form der Beschwerde, wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen. Die Erfahrungen im Gebiete des Preußischen Rechtes hätten dargelegt,

wie schwierig in der Praxis die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von derjenigen über die Hauptsache zu trennen sei.

Werde diese Scheidung nicht vorgenommen und erörtere behufs der Prüfung der nur über den Kostenpunkt geführten Beschwerde das höhere Gericht die Richtigkeit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, so werde das principale gelegentlich eines accessorium zur Entscheidung gebracht und doch ohne materielle Einwirkung auf die Hauptsache, und Urtheile, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden könnten, für sachlich unrichtig erklärt würden, seien zu vermeiden. Solle dagegen, bei streng durchgeführter Trennung der Sach- und Kostenentscheidung der höhere Richter die letztere nach Maßgabe der ihn in der Hauptsache bindenden Entscheidung prüfen, so würde sich das Rechtsmittel gegen die Absicht als eine Art Nichtigkeitsbeschwerde gestalten; für ein solches Rechtsmittel aber liege ein Bedürfniß um so weniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung hinsichtlich des Kostenpunktes einfach seien, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gewährten und, bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache, Fehlgriffe in der Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmungen nicht oft vorkommen würden.

Der Gesetzgeber geht also davon aus:

mag man, wenn ein lediglich den Kostenpunkt betreffendes Rechtsmittel eingewendet worden ist, behufs der Herbeiführung der Entscheidung über dieses Rechtsmittel

A. entweder dem Oberrichter die Nachprüfung des Inhaltes der Entscheidung in der Hauptsache frei geben,

B. oder den Oberrichter an den Inhalt der die Hauptsache

betreffenden Entscheidung schlechterdings gebunden erachten wollen, dergestalt, daß derselbe behufs der Erledigung des Rechtsmittels nur die Unterstellung des Inhaltes der Entscheidung im Kostenpunkte unter das hinsichtlich der Hauptsache festgestellte Sach- und Streitverhältniß zu prüfen hätte — jedenfalls soll die Einlegung eines Rechtsmittels zur Bekämpfung der den Kostenpunkt betreffenden Entscheidung allein ohne gleichzeitigen Angriff gegen den Inhalt der Entscheidung in der Hauptsache nicht zulässig sein; denn es soll — wenn man der Auffassung unter A. folgt, die Möglichkeit beseitigt werden, daß nach außen verschiedene rechtliche Anschauungen des Unter- und des Oberrichters in dem nämlichen Rechtsstreite unter Umständen hervortreten, unter welchen in der Hauptsache gerade die Differenz für einflußlos erachtet werden mußte; wenn man aber der Auffassung unter B. folgt, so soll der Kostenpunkt nicht für erheblich genug erachtet werden, um wegen desselben allein der Partei zu gestatten, daß sie vom Oberrichter die Nachprüfung der Richtigkeit der Anwendung der die Verbindlichkeit zur Kostentragung betreffenden Rechtsnormen auf das durch die Entscheidung in der Hauptsache festgestellte Sach- und Streitverhältniß verlangen könne; es soll sich in einem solchen Falle die Partei mit der durch die Entscheidung in der Hauptsache auch bezüglich des Kostenpunktes für sie zu entnehmenden Aufklärung begnügen.

Der leitende Gedanke, welcher dem § 94 zu Grunde liegt ist also der, daß eine Entscheidung hinsichtlich der Hauptsache vorhanden sein muß, bezüglich der bei Erledigung des gegen den Kostenpunkt allein gerichteten Rechtsmittels die bei A. und B. gedachten Unzuträglichkeiten eintreten könnten, um das Verbot: daß der Kostenpunkt allein nicht Gegenstand des Rechtsmittels sein dürfe, wirken zu lassen. Die hervorgehobenen Unzuträglichkeiten sind, wenn nur eine den Kostenpunkt allein betreffende Entscheidung vorliegt, nicht denkbar. Die engere Auffassung des § 94 dürfte hiernach geboten erscheinen; denn sonst ein Anhalten für eine Analogie oder extensive Auslegung dieser Specialbestimmung läßt sich nicht finden; etwaige Zweckmäßigkeitsgründe können hier nicht entscheidend sein.

Man hat nun zuweilen gemeint — namentlich auch v. Wilmowski und Levy, d. D. CPO. (II. Aufl.) zu § 94 S. 127, sowie Endemann, die CPO. rc. zu § 94 Bd. I. S. 403, schließen sich hier an — es könne bei vorliegender Entscheidung über die Hauptsache, eine Entscheidung über den Kostenpunkt allein (wenigstens im Wege der Berufung, bez. der Revision) dadurch herbeigeführt werden, daß die Partei das — an sich zulässige — Rechtsmittel der Berufung, bez. Revision rechtzeitig und formengerecht in der Hauptsache einwendet, dann aber für die Hauptsache zurücknimmt und nur wegen des Kostenpunktes aufrecht erhält. Für die Revisionsinstanz würde eine solche nachträgliche Beschränkung auf den Kostenpunkt das Rechtsmittel nur dann noch zulässig erscheinen lassen, wenn der den Gegenstand der Revisionsbeschwerde bildende Kostenbetrag 1500 Mark überstiege (§ 508 der CPO.).*) Das Reichsgericht hat in der obengedachten Entscheidung das Unstatthafte, mithin Wirkungslose eines derartigen Verfahrens dargethan. Allerdings besagen die §§ 479 und 515 der CPO., daß die Einlegung der Berufung, bez. der Revision, erfolge durch Zustellung eines Schriftsatzes, welcher neben der Bezeichnung des Urtheils, gegen welches das Rechtsmittel gerichtet wird, insbesondere auch die Erklärung zu enthalten habe, daß gegen dieses Urtheil Berufung, bez. die Revision eingewendet werde. Nun könnte es scheinen, als sei, wenn nur die — im Uebrigen rechtzeitig und formrichtig — zugestellte Berufungs-, bez. Revisionsschrift ihrem Inhalte nach gegen die Entscheidung in der Hauptsache sich richtet, der Voraussetzung des § 94 bezüglich der neben einer die Hauptsache betreffenden Entscheidung zulässigen Anfechtung des Kostenpunktes Genüge geschehen, und es gehe durch die spätere — d. h. nach dem Principe der CPO. durch die bei der mündlichen Verhandlung vor dem höheren Gerichte bewirkte Begrenzung des Rechtsmittels in der Richtung, daß lediglich nur noch der Kostenpunkt für angefochten zu gelten habe, der durch „Einlegung" des Rechtsmittels wider die Hauptentscheidung erlangte prozessualische Vortheil: daß damit zugleich die Anfechtung

*) Anders bei der Anschließung an die Revision: Entscheidungen des Reichs-Ger. in Civ.-S. Bd. VII. S. 346.

des Kostenpunktes statthaft erscheine, nicht wieder verloren. Gleichgültig würde es hierbei sein, ob bei Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache, des Kostenpunktes besonders Erwähnung geschehen sei oder nicht. Es ist hier auf die Vorschriften in §§ 279, 485 und 520 der CPO. aufmerksam zu machen, wonach bei Einwendung des Rechtsmittels in der Hauptsache an sich auch ohne besondern Antrag der Kostenpunkt als mit zur Nachprüfung gestellt anzusehen sein möchte.

Nach Dem jedoch, was oben mit Rücksicht auf die Motiven über die Auslegung des § 94 gesagt worden ist, soll nur dann bei vorliegender Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel wider die Entscheidung über den Kostenpunkt zulässig sein, wenn der Oberrichter durch den gleichzeitigen Angriff gegen die Hauptentscheidung in die Lage gebracht worden ist, eine materiell wirksame Cognition über letztere auszuüben. — Eine theilweise Zurücknahme der Berufung und bez. der Revision, giebt es, wie bei v. Wilmowski und Levy a. a. O. ausgeführt worden ist, nach §§ 476, 529, welche Gesetzesbestimmungen nur von der gänzlichen Zurücknahme handeln, überhaupt nicht. Eine nachträglich in der mündlichen Verhandlung bewirkte Begrenzung der in der Hauptsache eingelegten Berufung, bez. Revision auf den Kostenpunkt würde etwas Weiteres nicht sein als eine Einschränkung der Berufungs-, bez. der Revisions-Anträge. Lediglich die in der mündlichen Verhandlung gestellten Berufungs-, bez. Revisionsanträge, sind aber nach §§ 487, 499, 522 der CPO. für die Tragweite der auf das Rechtsmittel zu ertheilenden Entscheidung maßgebend — die in der Berufungs-, bez. Revisionsschrift enthaltenen desfallsigen Anträge sind bei der Eigenschaft dieser Schriften als vorbereitender Schriftsätze für die Entscheidung ohne Bedeutung. Aus dem Bisherigen folgt, daß die Einschränkung der Berufungs-, bez. Revisionsanträge in der mündlichen Verhandlung auf die Entscheidung über den Kostenpunkt, weil sie dem Oberrichter die Füglichkeit entziehen würde, eine materiell Wirkung äußernde Cognition über die in der Hauptsache ertheilte Entscheidung auszuüben, im Sinne des § 94 dem Falle gleich stehen würde, in welchem der in der Hauptsache vorliegenden

Entscheidung ungeachtet, von Haus aus doch nur gegen den Kostenpunkt remedirt worden wäre. Auch von dieser Seite gelangt man zu der in der angeführten Entscheidung des Reichsgerichts (Seite 436) zur Geltung gebrachten Ansicht, daß es irrig sei, anzunehmen, es komme für die Anwendung des § 94 auf die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge nicht an, daß vielmehr § 94 gelesen werden müsse, als ob er laute: „wenn nicht auch die Entscheidung in der Hauptsache angefochten wird", nämlich: „durch Rechtsmittelantrag angefochten wird", und daß mithin das Wort: „eingelegt" in § 94 in diesem Sinne zu verstehen sei. Das vorstehend betrachtete Verfahren: durch spätere Einschränkung der Rechtsmittelanträge bei vorliegender Entscheidung in der Hauptsache, eine Nachprüfung des höheren Richters bezüglich des Kostenpunktes allein zu veranlassen, kommt auf den Versuch einer Umgehung des Gesetzes hinaus.

Da die bisher auf Grund des Wortlautes und der Motiven vertheidigte Auffassung, daß § 94 im engern Sinne auszulegen sei, auf (den oben zu A. und B. dargelegten) gesetzgebungspolitischen, die Schwierigkeit einer Trennung der Beurtheilung einer gegebenen Entscheidung im Kostenpunkte von derjenigen über die Hauptsache würdigenden Erwägungen beruht, wird man kaum fehl gehen, wenn man die Versagung des Rechtsmittels hinsichtlich des Kostenpunktes allein, also die Anwendung des § 94 auch dann für gegeben annimmt, wenn das Urtheil zwar eine Entscheidung über die Hauptsache enthält, der Partei aber ein zulässiges Rechtsmittel in dieser Beziehung nicht zu Gebote steht; denn auch hier ist der Oberrichter nicht in der Lage, seinerseits eine die in der Hauptsache vorliegende Entscheidung treffende materiell wirksame Entscheidung zu ertheilen. Das Reichsgericht hat in der mehrerwähnten Entscheidung die sich hier darbietende Frage dahin gestellt gelassen. Das K. S. Oberlandesgericht hat dieselbe in dem in den

Annalen des K. S. OLG. Bd. 3 S. 338 flg.

veröffentlichten Urtheile im bejahenden Sinne beantwortet. Auch ist hier zu gedenken, daß in der im

Bd. VI. der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen S. 339 flg.

veröffentlichten Entscheidung letzteres sich dahin ausgesprochen hat, „es könne nicht gestattet sein, das Gesetz dadurch zu umgehen, daß man, blos der Form wegen, auch in der Hauptsache ein Rechtsmittel einlege, welches das Gesetz nicht zulasse."

Sollte sich im einzelnen Falle der Unterrichter bewogen finden, bei Fassung seines lediglich die Verbindlichkeit zur Kostentragung betreffenden Urtheils in dasselbe die ausdrückliche Hinweisung auf die Umstände aufzunehmen, welche es herbeigeführt haben, daß er nur über den Kostenpunkt zu entscheiden habe, sollte also z. B. in dem Urtheile ausgesprochen sein, daß es bei der vom Kläger erklärten Zurücknahme der Klage bewende — so würde man in einem derartigen Ausspruche keine Entscheidung der Hauptsache, vielmehr nur den Ausspruch, daß es einer Entscheidung in der Hauptsache nicht bedürfe, zu finden haben und dem Ausspruche selbst einen andern Werth als den eines Entscheidungsgrundes bezüglich der über den Kostenpunkt gefällten Entscheidung nicht beilegen können. Auf derartige Fälle würden die Bestimmnngen in § 94 nicht Anwendung zu finden haben; die selbständige Anfechtung der hinsichtlich des Kostenpunktes allein vorliegenden Entscheidung mittels Rechtsmittels würde daher, nach der hier vertheidigten Ansicht, statthaft sein. —

Wäre in einem Urtheile des untern Richters der Kostenpunkt ganz oder zum Theil übergangen und es würde, auf Antrag, nach § 292 der CPO. nachträglich über jenen Kostenpunkt allein entschieden, so läge kein den Kostenpunkt allein betreffendes Urtheil, sondern nur eine Ergänzung des frühern in der Hauptsache ergangenen Urtheils vor. Es würde in diesem Falle § 94 Anwendung zu leiden haben,

Kleiner, Commentar, Bd. I. S. 435 zu § 94. —

Auf den Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil leidet der § 94 schon um deswillen keine Anwendung, weil derselbe kein Rechtsmittel ist. Besonders bemerkenswerth ist folgender, bei v. Wilmowski und Levy a. a. O. hervorgehobene Fall:

Kläger ist durch Versäumnißurtheil mit der Klage abgewiesen

und zu Tragung der Kosten verurtheilt. Er wird später in der Hauptsache befriedigt und behauptet, die Klagabweisung sei ungerechtfertigt ausgesprochen worden, da eine Versäumung seinerseits nicht vorgelegen habe. In diesem Falle kann der Kläger (in Betracht des Kostenpunktes allein) Einspruch einwenden. Die Ladung muß zwar Seiten des Klägers nach § 305[3] zur Verhandlung „über die Hauptsache" erfolgen. Mit der Verhandlung über die Hauptsache wird aber hier nur der Gegensatz zur Verhandlung über den Einspruch ausgedrückt; es ist daher hier unter der „Hauptsache" überhaupt der (Kosten-) Anspruch zu verstehen, welcher durch die auf den Einspruch anzuberaumende Verhandlung materiell beseitigt werden soll.

Endlich ist noch zu gedenken, daß zufolge der in §§ 482 und 518 der CPO. dem Berufungsbeklagten und dem Revisionsbeklagten gewährten ganz allgemeinen Befugniß, sich dem Rechtsmittel des Gegners anzuschließen, es — und hierin stimmen auch die Commentatoren überein — dem Ersteren freisteht, durch Anschluß an die in der Hauptsache eingewendete Berufung, bez. Revision des Gegners von seinem Standpunkte aus den Kostenpunkt allein anzufechten. In einem derartigen Falle greift also die Versagung des Rechtsmittels nach § 94 nicht Platz. Es dürfte auch dieses Moment für die hier vertheidigte Auslegung sprechen. Der Oberrichter ist in einem derartigen Falle durch das Rechtsmittel berufen, in Bezug auf die Entscheidung in der Hauptsache eine materiell wirksame Entscheidung zu ertheilen, und es ist daher von den oben bei A. und B. hervorgehobenen Gesichtspunkten aus unbedenklich, auch eine Nachprüfung des Kostenpunktes im Interesse des Gegners des Remedirenden zuzulassen.*)

---

*) Zu vergl. die Anmerkung Seite 240.

Handels- und Wechselrecht.

4.

Die von einer Actien-Gesellschaft bestellten mehreren Liquidatoren können ihre allgemeine Berechtigung zur Vertretung der (liquidirenden) Gesellschaft auf Einen von ihnen nicht übertragen. Unterschied zwischen einer derartigen allgemeinen Substitution und der Specialbeauftragung des einen der Liquidatoren durch die andern zu einem bestimmten Geschäfte; Art. 244, 136 des DHGB.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 2. Novbr. 1882 no. 100. O. I. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist zu bemerken: Im Jahre 1877 beschloß die Actien-Gesellschaft unter der Firma: „Lederfabrik zu D." ihre Liquidation und bestellte zu ihren Liquidatoren den P., den M. und den N. P. trat nun für seine Person zu einer offenen Handelsgesellschaft mit F. und S. unter der Firma „P., F. u. Co." zusammen, behielt auch seine Stellung als Mitliquidator der „Lederfabrik zu D. in Liquidation" bis zum Jahre 1881 bei, zu welcher Zeit er aus letzterer Stellung ausschied und durch den Mitliquidator X. ersetzt wurde. — Während der Zeit, in welcher P. zu den Liquidatoren der Actien-Gesellschaft gehörte, machte dieselbe (in Liquidation) Handelsgeschäfte mit der Handelsgesellschaft „P. F. u. Co." — Gegenwärtig klagen die jetzigen Liquidatoren der Actiengesellschaft für letztere wider die beiden Mitinhaber der Firma „P. F. u. Co.", den F. und den S. wegen gewisser Ansprüche aus jener Geschäftsverbindung. — Der im Nachstehenden erwähnte, auf Eideszuschiebung beruhenden Abschnitt aus dem Thatbestande lautet: „Am 2. Januar 1878 habe der Liquidator der Klägerin M. in Gegenwart seiner beiden Mitliquidatoren P. u. N. zu dem Mitbeklagten F. gesagt:

P. sei mit der Abwickelung des Liquidationsgeschäfts mit der Firma „P. F. u. Co." speciell beauftragt; F. möge daher die Rechnungen dieser Firma an P. übergeben und mit diesem das Weitere hierüber abmachen."

Der hier interessirende Abschnitt aus dem Entscheidungsgründen lautet: Anlangend die Anerkennung des Contocorrent-Auszugs vom 1. Januar 1879 und die Ausstellung der Quittung unter D., welche von P. Namens der Klägerin bewirkt worden ist, so hat P. hierzu nach den Art. 244 uud 136 des Handelsgesetzbuchs die Berechtigung nicht besessen, da nicht vorliegt, daß ihm eine solche von der klagenden Actiengesellschaft ertheilt worden sei und er folglich nur in Gemeinschaft mit den beiden anderen Liquidatoren derartige, unbestreitbar zur Liquidation gehörige Handlungen mit rechtlicher Wirkung würde haben vornehmen können. Auch läßt sich die Berechtigung P.'s zu jenen Handlungen weder auf den ihm (in Beilage IV.) von seinen beiden Mitliquidatoren ertheilten allgemeinen Auftrag, sie bei Abwickelung der Geschäfte der Gesellschaft nach außen zu vertreten, noch auf die stillschweigend von ihnen, durch widerspruchsloses Geschehenlassen der ausschließlichen Besorgung dieser Abwickelung Seiten P.'s behauptlich zum Ausdrucke gebrachte Einwilligung hierzu mit Grund stützen. Zu einer derartigen allgemeinen Beauftragung oder Substitution sind die Liquidatoren als solche nach den Art. 244, 136 des Handelsgesetzbuchs nicht befugt; dieselbe müßte vielmehr von der liquidirenden Actiengesellschaft selbst ertheilt worden sein, wenn sie die letztere rechtlich verpflichten sollte und dies ist nach den eigenen Angaben der Mitbeklagten nicht geschehen,

vergl. die Urtheile des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts in dessen Entscheidungen Bd. 21 S. 47, in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. Bd. 45 S. 211 und in Koch, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch not. 88 zu Art. 133 und not. 93 zu Art. 136; v. Hahn, Commentar, edit. II. Bd. 1 S. 457 § 2 zu Art. 136; Puchelt, Commentar, edit. II. Bd. 1 not. 1, 2 zu Art. 136, jct. not. 1 zu Art. 135, not. 1 zu Art. 139, not. 8 zu Art. 86, not. 2 zu Art. 244.

Zwar würde einer Spezialbeauftragung des einen Liquida-

tors durch die anderen Liquidatoren zu einem bestimmten einzelnen Geschäfte auf Grund eines gemeinschaftlichen diesfallsigen Beschlusses, bei analoger Anwendung der hierunter für Collectiv-Vertretungen von Actiengesellschaften und offenen Handelsgesellschaften bestehenden Grundsätze,

vergl. Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts Bd. 6 S. 394 flg., Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 5 S. 16 flg., von Hahn, loc. eit. S. 650 § 45 zu Art. 234 des Handelsgesetzbuchs und Puchelt, loc. cit. S. 480 not. 2 zu Art. 234 des Handelsgesetzbuchs,

ein Bedenken an sich kaum entgegenstehen. Allein die Bezugnahme auf eine solche Spezialbeauftragung ist in der von dem Mitbeklagten laut des Thatbestandes angeführten mündlichen, in Gegenwart der beiden anderen Liquidatoren erfolgten Erklärung des Liquidators M. nicht enthalten. Es kann schon zweifelhaft sein, ob die „in Gegenwart" der zwei Mitliquidatoren abgegebene Erklärung M.'s unter solchen Umständen erfolgt sei, daß letztere von den beiden anderen Liquidatoren wirklich mit angehört worden sei oder doch habe von ihnen vernommen werden müssen. Wenn man aber auch hiervon mit Rücksicht auf die Wortfassung von § 1297 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs absieht und annimmt, daß diese Wortfassung das Anführen, wie es vorliegt, auch für den Eidesantrag schlüssig erscheinen lasse: so kommt doch in Betracht, daß diese Erklärung thatsächlich nicht als eine Spezialbeauftragung der obgedachten Art, sondern als Auftrag zu Abwickelung einer ganzen Menge von Einzelgeschäften sich darstellt. Hat es sich dabei auch nur um die Auseinandersetzung mit einer einzelnen Firma in Bezug auf bestimmte, mit dieser eingegangene Geschäfte gehandelt: so hat diese Auseinandersetzung doch, nach der über Tilgung der aus den Kaufverträgen A. B. entsprungenen Kaufpreisforderungen getroffenen Vereinbarung, durch eine fortlaufende Reihe einzelner Rechtsgeschäfte erfolgen sollen. Der behauptete Auftrag enthält daher thatsächlich eine generelle Unterbeauftragung, zu welcher den Liquidatoren nach Obigem eine Ermächtigung um so weniger beigelegt werden kann, als bei diesem Auftrage ein sehr ansehnliches Activum der liquidirenden Gesellschaft

in Rede stand, welches für diese von Erheblichkeit war und ein gemeinsamer Beschluß der Liquidatoren nur darüber, daß dieses Activum durch einzelne Gegenleistungen der Firma P. F. und Co. regulirt werden sollte, dagegen betreffs der Art und Weise, wie es mit den zu erwartenden Gegenleistungen und mit deren Gutheißung oder Anerkennung im einzelnen Falle zu halten sei, nicht gefaßt worden war.

Civilrecht.

7.

Versicherungsvertrag; die **rechtliche** Gültigkeit desselben nicht abhängig von der erforderlichen gewerbepolizeilichen Concession auf Seiten der versichernden Genossenschaft. Anfechtung des Vertrages auf Grund Irrthums, bez. wegen Nichtvorhandenseins der die Willenserklärung beschränkenden Voraussetzung. Der „Agent", bez. „Generalagent" der Genossenschaft als von derselben zu vertretendes Organ; §. 11 des Reichsgenossenschafts-Ges. vom 4. Juli 1868; Art. 276, 277 des D. HGB.; § 833 flg. des BGB.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) v. 15. Juni 1881 no. 42 O. I. 1881.

Klägerin ist die D.-St.'r Unfallversicherungsbank, eingetragene Genossenschaft in Dresden; Beklagter ist der Baumeister X. Y. in München. Letzterer hat nach vorgängiger Verabredung mit dem Agenten der Klägerin P. in München, einen Versicherungsvertrag vollzogen und die darüber vom Vorstande der Klägerin ausgefertigte Police in München gegen Entrichtung der Prämie für das erste Jahr ausgehändigt erhalten, wonach Beklagter, unter Eintritt als Mitglied in die Genossenschaft der Klägerin, gegen Unfälle, welche das in dem vom Beklagten betriebenen Gewerbe beschäftigte Arbeiter-Personal treffen könnten, auf die Zeit vom 12. August 1878 bis 12. August 1884 Versicherung genommen hat und zwar gegen eine jährlich pränumerando zahlbare Prämie von 150 Mark. Klägerin

beantragt Verurtheilung Beklagtens zum Anerkenntnisse des geschlossenen Versicherungsvertrages und der ihm nach dem Statute der Gesellschaft obliegenden Verbindlichkeiten sowie in Zahlung der rückständigen Prämie.

Die erste Instanz hat verurtheilt; auf Beklagtens Berufung hat das OLGer. die Klage abgewiesen. Die

Gründe

im Nachstehenden:

Von dem Vorbringen des Berufungsklägers, mittelst dessen er die Rechtswirksamkeit des nach seinen Zugeständnissen von ihm eingegangenen Vertrags anzufechten bezweckt, ist von der Berufungsbeklagten eingeräumt und daher eines weiteren Beweises nicht bedürftig, daß diese Genossenschaft zur Zeit des Abschlusses des der Klage zum Grunde liegenden Versicherungsvertrags mit dem Berufungskläger die in Baiern für den Betrieb von Versicherungsanstalten gewerbepolizeilich vorgeschriebene Genehmigung nicht erlangt gehabt hat. Weiter ist als durch die eidliche Aussage, welche von dem Seiten des Berufungsklägers benannten Zeugen P. während der Anhängigkeit des vorliegenden Rechtsstreits bei dem Amtsgerichte Dresden vor dem hierzu ersuchten Amtsgerichte München erstattet worden ist, als erwiesen anzusehen, daß P., welcher als Agent mit dem Titel Inspector im Dienste der Berufungsbeklagten gestanden hat, bei den Verhandlungen mit dem Berufungskläger über die Eingehung des Versicherungsvertrags und vor der Unterzeichnung des Versicherungsantrags durch denselben auf seine Frage, ob die von P. vertretene Genossenschaft in Baiern zugelassen und solid, d. h. mit den nöthigen Fonds versehen sei, beides bejaht und versichert hat, es habe keinen Anstand, wenn Berufungskläger beitrete. Der Zeuge hat dies bestimmt bestätigt, wenn auch zugleich mit Bezugnahme darauf, daß seine Erklärung auch der von dem Generalagenten W. ihm ertheilten Instruction entsprochen habe, also insoweit abweichend von der Darstellung des Berufungsklägers, wonach P. vielmehr schon damals Kenntniß davon gehabt haben soll, daß der Berufungsbeklagten der Geschäftsbetrieb in Baiern verboten sei.

Die Beurtheilung der Erheblichkeit des hierauf von dem Berufungskläger gestützten Einwands anlangend, hat zunächst in Betracht

zu kommen, daß Berufungskläger bei den Vorverhandlungen wegen Eingehung des Vertrags auch gegenüber dem Organe, welches die Berufungsbeklagte dabei vertrat, genügend deutlich zu erkennen gegeben hat, wie er darauf Gewicht lege und seine Entschließung wegen Eingehung des Vertrags insbesondere davon mit abhängig mache, daß die Genossenschaft in Baiern zum Geschäftsbetriebe concessionirt sei. Es ist auch nicht zu verkennen, daß es sich dabei um ein Verhältniß handelte, welches auf die Fähigkeit der Genossenschaft zur Erfüllung des mit dem Berufungskläger einzugehenden Vertrags insofern von Einfluß war, als im Mangel der erforderlichen Concession auf Seiten der Genossenschaft zum Geschäftsbetriebe in Baiern namentlich eine zur Belästiguug des Berufungsklägers gereichende Erschwerung der Abwickelung der auf die beiderseitige Ausführung des Versicherungsvertrags bezüglichen Angelegenheiten, wie z. B. durch Wegfall der Füglichkeit zur Benutzung einer in Baiern Seiten der Genossenschaft zu unterhaltenden Geschäftsstelle zu besorgen war. Nur die rechtliche Gültigkeit des einzugehenden Vertrags würde an sich, wie zuzugeben ist, in Hinblick auf die nach § 11 des Reichsgenossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 der Berufungsbeklagten zugekommene Eigenschaft als Kaufmann und auf die auch den im Betriebe ihres Unternehmens geschlossenen Versicherungsgeschäften auf Gegenseitigkeit beizulegende Eigenschaft von Handelsgeschäften

(vergl. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. Bd. I. S. 587 und 461)

nicht dadurch berührt worden sein, daß der Berufungsbeklagten aus gewerbepolizeilichen Gründen die Eingehung des Vertrags untersagt war (Art. 276, 277 des HGB.). Was aber die Stellung des Agenten P. betrifft, welcher die nach dem Obigen wahrheitswidrige Angabe dem Berufungskläger vor der Entgegennahme des Versicherungsantrags gemacht hat, so hat derselbe entsprechend den bei Versicherungsgesellschaften üblichen Einrichtungen als ein von der Berufungsbeklagten zur Vermittelung des Verkehrs zwischen ihr und dem Publikum und daher namentlich zur Auskunftsertheilung über die eigenen Verhältnisse der Genossenschaft recht eigentlich bestimmtes Organ zu gelten, dessen bezügliche Erklärungen deshalb ebenso wie die nach der Aussage P.'s diesem gegenüber von dem Generalagenten

W. abgegebenen Erklärungen, auf welchen die ersteren beruhten, als von der Genossenschaft selbst ausgegangen zu betrachten und von derselben als solche zu vertreten sind

(vergl. Annalen des vormal. Königl. Oberappellationsgerichts, II. F. Bd. V. S. 311 flg. und Entscheidungen des vormal. Reichsoberhandelsgerichts Bd. II. S. 245, Bd. VII. S. 372, 425).

Hierbei kommt daher im vorliegenden Falle nicht noch darauf etwas an, ob auch der Agent P. wider besseres Wissen die erwähnte Versicherung, deren Unwahrheit der Genossenschaft in ihren gesetzlichen Vertretern jedenfalls hat bekannt sein müssen, gegen den Berufungskläger abgegeben, oder ob die gedachte Versicherung in einer von dem Generalagenten W. sei es in directer oder unbestimmter Täuschungsabsicht der Wahrheit zuwider ertheilten Instruction ihren Grund gehabt habe.

Es ist sonach genügend dargethan, daß Berufungskläger zur Eingehung des fraglichen Versicherungsvertrags durch eine Täuschung und einen dadurch in Bezug auf einen nicht unwesentlichen Punkt hervorgerufenen Irrthum bewogen worden ist, was nach den Vorschriften der § 833 flg. des BGB. seine Berechtigung zur Anfechtung des Vertrags und zur Ablehnung der daraus von der Berufungsbeklagten hergeleiteten Verbindlichkeiten zur Folge hat.

Zu demselben Ergebnisse der Entscheidung würde auch die ebenfalls nicht ausgeschlossene Beurtheilung der Verhandlung zwischen dem Berufungskläger und dem Agenten P. als eines von dem Ersteren nur unter der ausdrücklichen Voraussetzung, daß Letztere in Baiern zum Geschäftsbetriebe concessionirt sei, erklärten Erbietens zur Eingehung des Vertrags und der Entgegennahme desselben Seiten P.'s führen. Das Nichtvorhandensein der die Willenserklärung beschränkenden Voraussetzung würde ebenfalls das Recht des Berufungsklägers zur Wiederaufhebung des in solcher Weise begründeten Rechtsverhältnisses ergeben haben

(vergl. Zeitschr. für Rechtspfl. und Verw., Bd. 43 S. 436 flg.).

Demzufolge war dem Antrage Berufungsklägers gemäß die Klage abzuweisen.

8.

Oeffentliche Aufforderung zur Preisbewerbung durch Einsendung von öffentlich auszustellenden Concurrenz-Arbeiten, als **Auslobung** nach § 771 des BGB. zu beurtheilen. Haftpflicht des Auslobenden bei Beschädigungen der eingesendeten Werke; §§. 728, 122 des BGB. Bemessung der Höhe des Schadenersatzes.

Urtheil des OLG. (I. Sen.) vom 3. April 1882 no. 35 O. I. 1882.

Aus dem Thatbestande ist vorauszuschicken:

Einverständniß herrscht zwischen den Parteien über nachstehende Vorgänge. Der akademische Rath zu D., als die gesetzlich bestehende verwaltende und begutachtende Behörde der Königl. Akademie der bildenden Künste, hatte auf Beschluß und im Auftrage der Königl. Ministerien des Innern und des Cultus und öffentlichen Unterrichtes unter dem 10. Juli 1879 ein öffentliches Concurrenzausschreiben erlassen, welches die an die dem Staatsverbande angehörigen Künstler gerichtete Aufforderung enthielt, sich durch Einreichung von Farbenskizzen, deren Prüfung und öffentliche Ausstellung vorbehalten blieb, um die Arbeiten zur malerischen Ausschmückung der Aula eines bestimmt bezeichneten öffentlichen Gebäudes zu D., ingleichen um den für den besten Entwurf zu diesen Arbeiten ausgesetzten Preis von 600 Mk. zu bewerben. In dessen Folge sendete auch der Kläger am 23. Dezember 1879 dem akademischen Rathe sieben von ihm entworfene Farbenskizzen ein, welche damals sich in unversehrtem Zustande befanden. Sie gelangten nebst den übrigen eingegangenen Concurrenzarbeiten während der Zeit vom 3. bis 19. Januar 1880 in dem Lokale der Kunstakademie zur öffentlichen Ausstellung, wurden aber bei der hierauf veranstalteten Prüfung weder zur Ausführung angenommen, noch mit dem ausgesetzten Preise bedacht und deshalb in Gemäßheit einer öffentlichen Bekanntmachung des akademischen Rathes vom 29. Juni 1880 durch den Akademiekastellan Z. am 23. Juli 1880 dem zu ihrer Abholung vom Kläger beauftragten Markthelfer Y. wieder ausgehändigt, wobei sich ergab, daß dieselben insofern beschädigt waren, als auf den Bildflächen Flecken von angeklebter Pappe, beziehentlich angeklebter Farbe sich vorfanden.

Wegen dieser Beschädigungen fordert Kläger von dem Beklagten*) als dem Vertreter der bei der ausgeschriebenen Concurrenz thätig gewesenen Staatsbehörden eine angemessene Vergütung, deren Höhe er unter der Behauptung, daß die Wiederherstellung der Skizzen durch seine eigene Hand erfolgen müsse und durchschnittlich an jeder Skizze eine Arbeit von zwei Tagen erfordere, für eine solche zweitägige Arbeit aber nach seiner Stellung in der Kunstwelt und nach den mit seinen Bildern gewöhnlich erzielten Preisen ein Honorar von 200 Mk. entsprechend sei, auf 1400 Mk. berechnet, jedoch zugleich dem Gutachten Sachverständiger unterwirft. Eine bestimmte Person, von welcher die Beschädigungen verschuldet worden, vermag Kläger nicht zu bezeichnen. In Betreff der Ursache und Zeit ihrer Entstehung kann er nur so viel angeben, daß sie während der vorbemerkten öffentlichen Ausstellung noch nicht wahrzunehmen gewesen, sondern erst in dem Zeitraume zwischen dem Schlusse der Ausstellung und der Wiederaushändigung der Skizzen an den genannten Y. wahrscheinlich dadurch herbeigeführt worden seien, daß man die Skizzen mit den Bildflächen aufeinandergelegt und bei ihrer Aufbewahrung überhaupt ein unsorgfältiges Verfahren beobachtet habe.

Beklagter bestreitet, daß er verpflichtet sei, für eine in Bezug auf die Verwahrung der gedachten Bilder bei dem akademischen Rathe vorgekommene Fahrlässigkeit zu haften. Demnächst wendet er ein, die vorhandenen Beschädigungen seien von dem Kläger, welcher die Skizzen noch nicht vollständig trocken und weder zulänglich fixirt, noch, wie dies üblich, in Rahmen gefaßt, eingeliefert habe, selbst verschuldet, zum Theil auch durch die Art und Weise, in welcher der Markthelfer Y. die Skizzen bei ihrer Wiederabholung verpackt habe, verursacht. Außerdem leugnet er die Angemessenheit der Höhe des vom Kläger geforderten Schadenersatzes.

Kläger hat sich zum Nachweise dafür, daß die von ihm eingereichten Bilder während ihrer öffentlichen Ausstellung noch unversehrt gewesen, ingleichen wegen ihres beschädigten Zustandes zur Zeit der Wiederabholung sowie wegen der unveränderten Fortdauer dieses Zustandes bis zur Gegenwart auf Zeugen bezogen. Diese Zeugen sind

*) Dem Staatsfiscus.

in erster Instanz unter Verzicht der Parteien auf ihre Vereidung vernommen. Ebenso sind in erster Instanz die vom Kläger, beziehentlich von beiden Parteien vorgeschlagenen Sachverständigen, theils eidlich, theils unter Verzicht der Parteien auf ihre Vereidung, über die Frage, ob die Wiederinstandsetzung der beschädigten Skizzen vom Kläger selbst zu bewirken und in welcher Zeit sie ausführbar sei als auch über die Angemessenheit des beanspruchten Entschädigungsbetrages abgehört. Von Amtswegen hat die erste Instanz behufs Ermittelung des Werthes der vom Kläger gefertigten Skizzen in unversehrtem und in ihrem gegenwärtigen verletzten Zustande das Gutachten des bei ihr in allgemeiner Eidespflicht stehenden Sachverständigen für Kunstsachen unter Verweisung auf diese Eidespflicht eingeholt.

Die erste Instanz hat den Beklagten zur Zahlung einer Entschädigungssumme von 900 Mk. und zu Tragung der Prozeßkosten verurtheilt. Hiergegen Berufung Beklagtens. Bei der Verhandlung in der Berufungsinstanz ist derselbe auf die schon in erster Instanz geltend gemachten Vertheidigungsmomente zurückgekommen und hat zu Begründung des Einwandes, Kläger habe den erlittenen Schaden durch eigene Schuld veranlaßt, noch auf die Bestimmungen des von ihm in zwei Druckexemplaren vorgelegten, für die Kunstausstellungen der Königl. Akademie der bildenden Künste in den Jahren 1878 und 1879 veröffentlichten Regulatives des akademischen Rathes Bezug genommen, welche die Einsendung der auszustellenden Bilder in Rahmen unbedingt vorschreiben und für den Fall der ausnahmsweisen Zulassung uneingerahmter Bilder jeden Ersatzanspruch wegen eingetretener Beschädigungen ausschließen. Kläger hat die Existenz dieser Bestimmungen und daß solche ihm bekannt gewesen, zugegeben, hat aber eingehalten, daß dieselben hier nicht maßgebend sein könnten, und beantragt, das Rechtsmittel des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen. Diese Zurückweisung erfolgte. Im Nachstehenden die

Entscheidungsgründe.

Nach der übereinstimmenden Sachdarstellung der Parteien ist davon auszugehen, daß der akademische Rath zu D. nicht allein bei dem Erlasse des im Thatbestande erwähnten Concurrenzausschreibens,

sondern auch bei der nachherigen Annahme, Ausstellung und Prüfung der in Folge dieses Ausschreibens eingelieferten künstlerischen Werke lediglich eine von den betheiligten beiden Ministerien des Innern und des Cultus und öffentlichen Unterrichtes innerhalb ihres Ressorts gefaßte Entschließung im Auftrage dieser Ministerien zur Vollziehung gebracht hat. Die Rechtsgeschäfte, welche der akademische Rath zum Zwecke der Ausführung der gedachten Entschließung in den Gränzen des ihm ertheilten Auftrages mit dritten Personen einging, haben mithin als solche zu gelten, durch welche für den Staatsfiscus, in dessen Vertretung die genannten Ministerien handelten, Rechte und Verbindlichkeiten unmittelbar erzeugt wurden. Insbesondere gehört hierzu das Obligationsverhältniß, das in dem Falle zur Entstehung gelangte, wenn das in dem erlassenen öffentlichen Ausschreiben rücksichtlich des für die beste Arbeit ausgesetzten Preises enthaltene, nach den Bestimmungen über die Auslobung — § 771 des BGB.'s — zu beurtheilende Anerbieten Seiten der Künstler, an welche dasselbe gerichtet war, mittelst Einsendung von Concurrenzarbeiten thatsächliche Acceptation fand. Unter die Verpflichtungen, welche dieses Rechtsverhältniß für den Empfänger der eingesendeten Werke mit sich brachte, fiel aber nach der Natur der Sache und den einschlagenden allgemeinen Grundsätzen — §§ 728 und 122 des BGB.'s — auch die, jene Werke während der Zeit, auf welche sie ihm in Gemäßheit des Ausschreibens zu überlassen waren, mit der von einem ordentlichen aufmerksamen Hausvater anzuwendenden Sorgfalt gegen Beschädigungen zu schützen und nach Ablauf dieser Zeit in demjenigen Zustande, in welchem sie eingeliefert worden, an ihre Urheber wieder auszuhändigen. Auf eine spezielle Bestimmung des Ausschreibens, die ihn von dieser Verpflichtung entbände, hat sich der Beklagte nicht berufen können. Dagegen ist er geständig, daß die vom Kläger aus Anlaß der eröffneten Concurrenz bei dem akademischen Rathe eingereichten Skizzen zur Zeit ihrer Einreichung unversehrt, zur Zeit ihrer Wiederabholung aber mit Flecken behaftet waren, und die nämliche Sachbewandtniß geht aus den Angaben der in erster Instanz vernommenen Zeugen und Sachverständigen mit Gewißheit hervor. Denn die Zeugen A. B. und Z. bestätigen, daß an den Skizzen Klägers während der von dem akademischen

Rathe veranstalteten öffentlichen Ausstellung keine Beschädigungen erkennbar gewesen seien, während die Zeugen Z. und Y. darin übereinstimmen, daß bei der Wiederaushändigung der Skizzen sich in der That Flecken auf denselben gezeigt haben, ferner die Zeugen Y. und X. den gegenwärtigen unveränderten Fortbestand dieser Flecken constatiren und in dem Gutachten der abgehörten Sachverständigen ihre Beschaffenheit näher festgestellt ist. Nach den von der vorigen Instanz angezogenen Vorschriften in § 731 verb. mit § 721 des BGB.'s ist daher das Verlangen Klägers, daß ihm wegen der Verletzungen, die seinen Bildern in der Zeit, wo sie dem akademischen Rathe anvertraut waren, widerfahren sind, von dem Beklagten Schadenersatz geleistet werde, an sich zur Genüge begründet und dargethan, so daß es sich nur noch fragen kann, ob und inwieweit dem Beklagten gelungen sei, den Nachweis des Einwandes beizubringen, daß die vorhandene Unmöglichkeit einer Rückgabe der Bilder in unverletztem Zustande dem eigenen Verhalten Klägers zuzuschreiben sei.

Beklagter stützt den Vorwurf einer Selbstverschuldung Klägers an den eingetretenen Beschädigungen seiner Skizzen darauf, daß letztere mit noch nicht ganz trockener Farbe, auch unzulänglich fixirt und uneingerahmt an den akademischen Rath eingesendet worden seien. Für den behaupteten Mangel vollständiger Trockenheit zur Zeit der Einlieferung gewähren die Ergebnisse des aufgenommenen Beweises keinen hinreichenden Beweisgrund. Der hierfür benannte Zeuge Z. hat nach seinen Auslassungen erst zu der Zeit, als die eingegangenen Concurrenzarbeiten behufs ihrer Wiederabholung von ihm bereit gehalten worden, an den Skizzen Klägers geklebte Stellen bemerkt und daraus folgern zu dürfen geglaubt, daß die Farbe bei der Einlieferung noch nicht allenthalben trocken gewesen sei. Weiter haben die befragten Sachverständigen anfangs zwar aus der von ihnen untersuchten Beschaffenheit der Beschädigungen den Schluß gezogen, die Skizzen hätten bei ihrer Einreichung noch nicht den erforderlichen Grad von Trockenheit besessen, um ohne Nachtheil über einander liegend aufbewahrt und einem Drucke ausgesetzt werden zu können. Im Gegensatze hierzu wird aber später von ihnen bemerkt, daß die Beschädigungen, welche zu vermeiden gewesen wären, wenn

man die einzelnen Skizzen durch fettiges Papier von einander getrennt hätte, nicht nothwendig auf die Feuchtigkeit der Farbe zur Zeit der Einlieferung zurückgeführt zu werden brauchten, sondern möglicherweise ihre Ursache auch darin haben könnten, daß der Lack und Firniß, womit sie — ob alle, das lasse sich derzeit nicht feststellen — überzogen seien, durch die Sommerwärme sich erweicht und das Uebereinanderlegen der Bilder in diesem Zustande stattgefunden habe. Darnach bleibt es ganz unentschieden, ob die vom Kläger eingesendeten Skizzen bei ihrer Einsendung überhaupt noch feucht und deshalb eines besonderen, von dem Kläger vorzukehrenden Schutzes bedürftig waren. Hätte aber die warme Jahreszeit das Kleben der Bilder verursacht, so würde dem Kläger, *der die Skizzen zur Winterszeit eingeliefert hatte* und dem die Ergreifung von Sicherheitsmaßregeln für die Eventualität einer bis zur Sommerszeit sich verzögernden Prüfung der eingegangenen Concurrenzarbeiten nicht zugemuthet werden konnte, an den auf solche Weise entstandenen Beschädigungen keine Verschuldung sich beimessen lassen. Ebensowenig ist das Gutachten der zweiten Gruppe von Sachverständigen für den Beklagten verwerthbar. Dieselben sind darüber einig, daß Oelfarben noch Jahre lang nach der Herstellung der Bilder kleben könnten, wenn auf die Bilder ein Druck ausgeübt, namentlich wenn Bildfläche auf Bildfläche gelegt werde, und die Majorität spricht sich dahin aus, daß die Skizzen Klägers theilweise nicht mit reinen Wachsfarben, sondern zugleich mit Oelfarben gemalt seien. Auch schreibt die Mehrheit den mit Firniß überzogenen Wachsfarben die ebengedachte Eigenschaft der Oelfarben gleichfalls zu und erklärt es bei fünf von den sieben Skizzen Klägers für möglich, daß die Wachsfarben einen Ueberzug von Firniß erhalten haben. Aus diesen Momenten ist indessen für eine *dem Kläger* zur Last fallende, mit den Beschädigungen seiner Entwürfe in ursachlichem Zusammenhange stehende Fahrlässigkeit nichts herzuleiten. Denn derselbe durfte bei dem akademischen Rathe sowohl die Bekanntschaft mit den Gefahren, welche derartigen Bildern, wie den vor ihrer Einlieferung eben erst geschaffenen Farbenskizzen noch geraume Zeit nach ihrer Anfertigung im Falle einer unsorgsamen Behandlung drohten, als auch die Kenntniß der Maßregeln, durch welche diese Gefahren abzuwenden

waren, voraussetzen und darauf rechnen, daß die von ihm unversehrt übergebenen Bilder in diesem Zustande auch fernerhin bis zu ihrer Rückgabe unverändert erhalten würden. Zur fortdauernden Entwickelung einer eigenen Thätigkeit im Interesse des Schutzes seiner Werke während der Zeit, wo diese mit den übrigen Concurrenzarbeiten dem akademischen Rathe zur Beurtheilung vorlagen, bestand für ihn weder eine Verpflichtung, noch war ihm dazu muthmaßlich die erforderliche factische Füglichkeit geboten.

Auch der gerügte Mangel einer zulänglichen Fixirung und Einrahmung der vom Kläger eingesendeten Bilder vermag die Haftverbindlichkeit des Beklagten nicht zu alteriren. Wie der Zeuge Z. deponirt, hat Kläger seine Skizzen in einer Mappe übereinandergelegt bei dem akademischen Rathe eingereicht. Diese Modalität der Verwahrung war präsumtiv genügend, um den Transport zur Einlieferungsstelle ohne Gefährdung der Bilder zu bewerkstelligen, denn sie sind erwiesenermaßen unverletzt dort angelangt und haben auch noch bei der nachherigen öffentlichen Ausstellung keine Beschädigung gezeigt. Für ein Mehreres hatte Kläger seinerseits nicht Sorge zu tragen. Der Obhut auf die fernere Zeit bis zur künftigen Wiederabholung der Bilder hatte sich ausschließlich der akademische Rath zu unterziehen und dabei konnte dieser schon in Hinblick auf die mannigfachen, mit der Besichtigung und Prüfung der Bilder verbundenen Gebahrungen die vom Kläger zu dem Transporte gewählte Verwahrungsart nicht ohne Weiteres als diejenige betrachten, durch deren fortgesetzte Beibehaltung er dem vermuthlichen Willen Klägers entsprach und seiner eigenen Verwahrungspflicht gebührend nachkam. Wollte er diese Pflicht nicht im vollen Umfange übernehmen und zum Zwecke der Sicherung der einzusendenden Entwürfe während der Zeit, wo er solche innehatte, den Einsendern eine gewisse Fixirungsweise oder die Einrahmung derselben zur Vorschrift machen, so mußte er dies in dem öffentlichen Concurrenzausschreiben den Bewerbern deutlich zu erkennen geben. Die von ihm angezogenen, aus einem ganz verschiedenen Anlasse getroffenen Bestimmungen des Regulativs für die allgemeinen Kunstausstellungen der Königl. Akademie der bildenden Künste können hier selbstverständlich keine bindende Norm abgeben.

Für das Anführen des Beklagten, die Ursache der Beschädigungen sei theilweise in der von dem Markthelfer Y. bei der Wiederabholung der Skizzen vorgenommenen unzuträglichen Verpackung zu suchen, ist ebenfalls kein Beweis hergestellt. Der Zeuge Z. hat hierzu bemerkt, daß die Skizzen, von deren Beschädigung er den Markthelfer Y. in Kenntniß gesetzt habe, damals mit der jedesmaligen Bildfläche nach oben zusammengelegt gewesen und so auch, zwischen zwei Pappdecken eingeschnürt, dem genannten Y. übergeben worden seien. Der Letztere will dagegen nach Inhalt seines Zeugnisses bei der gedachten Gelegenheit nur die beiden obersten Bilder wegen der erlittenen Beschädigungen von Z. gezeigt erhalten und dabei wahrgenommen haben, daß dieselben mit den Bildflächen auf einander gelegen hätten. Auch hat sich seinen weiteren Depositionen zufolge, die in dieser Beziehung mit den Aussagen des Zeugen X. in Einklang stehen, bei der alsbald darauf in dem Geschäftslocale X.'s geschehenen Wiederauspackung der Skizzen noch eine Mehrzahl derselben mit den Bildflächen auf einander liegend vorgefunden. Ein unvorsichtiges Verfahren Y.'s bei dem Rücktransporte der Bilder, welches deren Beschädigung zur Folge gehabt hätte, ist darnach keinesfalls mit Bestimmtheit angezeigt, vielmehr weist das Ergebniß der Erörterungen ebensowohl auf eine bereits vor der Abholung der Bilder vorgekommene unpflegliche Behandlung derselben hin.

Ueber die Höhe der dem Kläger in dem angefochtenen Urtheile zugebilligten Entschädigung hat Beklagter keinen Grund, sich zu beschweren. Daß der Betrag dieser Entschädigung nicht nach dem in dem Concurrenzausschreiben für den besten Entwurf zugesicherten Preise bemessen werden kann, ist schon von der vorigen Instanz zutreffend dargelegt. Wenn aber von der letzteren bei Festsetzung der dem Kläger zukommenden Entschädigungssumme statt des Gutachtens der auf den Vorschlag der Parteien vernommenen Sachverständigen, welches die zur Wiederherstellung der beschädigten Skizzen nöthige Zeit und die durch den Kläger selbst zu bewirkende Vornahme dieser Wiederherstellung bei der Schädenwürderung in Anschlag bringt, vielmehr das Amtshalber eingeholte Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen über die Differenz zwischen dem Werthe der Skizzen in ihrem ursprünglichen unverletzten und dem Werthe derselben in ihrem

gegenwärtigen beschädigten Zustande zu Grunde gelegt worden ist, so gereicht dies, wie aus einer Vergleichung der Resultate beider Gutachten sofort erhellt, dem Beklagten lediglich zu Gunsten. Auf das Gutachten des Galeriecustos W. einzugehen, welcher die Restauration durch einen andern Künstler, als den Kläger selbst, für möglich erklärt und solchenfalls ein Honorar von 400—500 Mark für angemessen hält, konnte gegenüber dem einstimmigen Ausspruche aller übrigen Sachverständigen, daß die Wiederherstellung durch Klägers eigene Hand auszuführen sei, nicht als zuläßig angesehen werden.

Der Berufung war mithin durchgehends Beachtung zu versagen.

9.

Urheberrecht. Entschädigungsklage wegen **Veranstaltung** und wegen vorsätzlicher **Verbreitung** des Nachdrucks; Verschiedenheit des Beginns des Laufes der Klagen-Verjährung in beiden Fällen; **Vorsätzlichkeit** bei der Verbreitung; Reichsgesetz vom 11. Juni 1870 betr. das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. §§. 1 flg., 18, 21, 25, 33, 34.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 1. Mai 1882.

Zum Verständniß in thatsächlicher Hinsicht ist zu bemerken: Kläger und Berufungskläger sind die Erben der Gebrüder Grimm, Beklagte und Berufungsbeklagte ist eine Verlagsbuchhandlung. Die Klage wurde in I. Instanz, soweit sie auf Schadenersatz gerichtet worden, abgewiesen. Die hiergegen eingewendete Berufung wurde vom OLG. als unbegründet zurückgewiesen. In Nachstehendem die

Gründe:

Der in erster Instanz gestellte Klagantrag und die demselben gegebene Begründung ließ zunächst, — da in der mündlichen Verhandlung anfänglich keinerlei Andeutung einer diesfalls von den Klägern beabsichtigten Beschränkung ihres Anspruchs erkennbar gemacht war, — nur die Annahme zu, daß die Kläger, neben dem, ausdrücklich auf § 21 des Reichsgesetzes vom 11. Juni 1870 gestützten Antrage auf Vernichtung der noch vorhandenen Nachdrucks-

Exemplare und der zu deren Herstellung verwendeten Vorrichtungen, die geforderte Entschädigung auf Grund § 18 des erwähnten Gesetzes wegen Veranstaltung des Nachdrucks geltend zu machen gemeint seien. Dieser Entschädigungsforderung ist jedoch dadurch, daß die Beklagte dawider im weiteren Verlaufe der mündlichen Verhandlung die Einrede der Verjährung nach § 33 cit. leg. vorschützte und diese Einrede, — weil die Verbreitung der Nachdrucks-Exemplare durch die Beklagte schon vom 1. Oktober 1876, beziehentlich vom 1. Oktober 1877 ab stattgefunden hatte und die dreijährige Verjährungsfrist des § 33 mithin bei der im April 1881 erfolgten Klagerhebung längst abgelaufen war, — als begründet und liquid sich darstellt, die rechtliche Begründung entzogen und zwar auch insoweit, als dabei eine bloße Bereicherung der Beklagten in Frage kommen könnte (s. § 18 letzter Abs. und § 33 Abs. 1 ibid.).

In thatsächlicher Anerkennung dessen sind denn auch die Kläger in Folge der Verjährungs-Einrede in der mündlichen Verhandlung erst nunmehr mit der Erklärung hervorgetreten, daß sie Schadenersatz blos wegen unbefugter Verbreitung der beiden Märchen beanspruchten, unter Hinweis darauf, daß diesem Anspruche nach § 34 des gedachten Gesetzes die Verjährung nicht entgegenstehe. Letzteres Anführen findet aber darin Rechtfertigung, daß die Verbreitung jener Märchen-Ausgaben noch bis Anfang Juli 1881 stattgefunden hat und folglich die in § 34 cit. leg. bestimmte 3jährige Verjährungsfrist für die Verbreitung der Nachdrucks-Exemplare nicht abgelaufen ist. Auch ist, da die Beklagte genügend zugestanden hat, die letzteren noch bis Anfang Juli 1881 verbreitet zu haben, und der Umstand, daß die beiden von der Beklagten hergestellten Märchen-Ausgaben einen Nachdruck im Sinne der §§ 1 flg., 4 flg. cit. leg. thatsächlich enthalten, durch das Gutachten Bl. derselben Acten, nach welchem dieselben als eine mechanische Vervielfältigung eines durch dieses Gesetz als geistiges Eigenthum der Gebrüder Grimm geschützten Schriftwerkes sich darstellen, ausreichend in Gewißheit gesetzt ist, der objective Thatbestand für den auf § 25 leg. cit. gestützten Schädenanspruch erbracht. Ferner ist, soviel den subjectiven Thatbestand betrifft, die Klage wider die Beklagte, obgleich letztere zunächst als Veranstalterin des Nachdruckes in

Frage kommt, an sich nicht ausgeschlossen. Denn die wider den Veranstalter des Nachdrucks wegen dessen Verbreitung erhobene Schädenklage hängt nach § 25 Abs. 3 des gedachten Gesetzes davon ab, daß der Veranstalter nicht schon als solcher schadenersatzpflichtig ist,

s. auch Dambach, das Urheberrecht (Berlin 1871) S. 167 flg. no. 13,

und dies ist die Beklagte in ihrer Eigenschaft als Veranstalterin des Nachdrucks nach Obigem, zufolge eingetretener und von ihr mit Wirkung vorgeschützter Verjährung, zur Zeit nicht mehr.

Allein diese Schädenklage wegen Nachdrucks-Verbreitung setzt nach § 25 Abs. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 in subjectiver Hinsicht weiter auch noch voraus, daß die Verbreitung eine vorsätzliche gewesen sei, kann also auf blose Fahrlässigkeit bei der Verbreitung nicht gestützt werden,

s. Dambach a. a. O. S. 162 flg. no. 2.

Dies gilt auch für den Veranstalter des Nachdrucks, wenn er lediglich wegen dessen Verbreitung in Anspruch genommen wird. Denn da das Erforderniß der Vorsätzlichkeit in § 25 des Gesetzes zur Vorbedingung einer Schädenklage wegen Verbreitung ganz allgemein gemacht ist: so kommt nichts darauf an, daß die nach Obigem hier nicht mehr stattfindende Schädenklage wegen Veranstaltung des Nachdrucks an sich schon bei Fahrlässigkeit des Nachdrucks-Veranstalters Platz gegriffen haben würde.

Der Begriff der Vorsätzlichkeit ist im Gesetze absichtlich nicht festgestellt worden, sondern es hat dessen Feststellung nach den Motiven zu dem Gesetze (s. S. 30 dieser Motiven) der wissenschaftlichen Jurisprudenz überlassen bleiben sollen. Nach der Ansicht des Oberlandesgerichts läßt sich aber, — wie auch Dambach a. a. O. Seite 131 flg. no. 5, 6 ausführt, — im Falle des § 25 des Gesetzes Vorsätzlichkeit nur annehmen, wenn der Verbreiter des Nachdrucks mit dem Bewußtsein handelte, daß die Verbreitung widerrechtlich sei und die Autoren- oder Verlagsrechte eines Anderen verletze, wogegen Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn der Verbreiter des Nachdrucks ohne Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der Verbreitung handelte, obwohl er bei Anwendung von Sorgfalt diese Rechtsverletzung

hätte vermeiden können. Eine Vorsätzlichkeit dieser Art ist aber der Beklagten nicht nachgewiesen worden. Vielmehr folgt das Gegentheil aus demjenigen, was sich am Schlusse des von dem literarischen Sachverständigen-Vereine zu Leipzig abgegebenen schriftlichen Gutachtens bemerkt findet. Denn wenn die diesen Verein bildenden Sachverständigen dem zunächst nur über die ihnen vorgelegte Frage, ob überhaupt eine mechanische Vervielfältigung der Grimm'schen Märchen der Beklagten zur Last falle? abzugeben gewesenen Gutachten am Schlusse aus eigener Bewegung auf Grund ihrer sachlichen Erfahrungen zur Entschuldigung der Beklagten ausdrücklich beifügen, daß die Meinung, Volksmärchen seien ein Gemeingut, eine ziemlich verbreitete sei, daß auch von den Gebrüdern Grimm dieser Meinung dadurch, daß sie auf dem Titel die Märchen selbst nur als gesammelte bezeichnet und in Gestattung der Benutzung einzelner Märchen bei anderen literarischen Unternehmungen eine sehr liberale Praxis geübt hätten, selbst einige Berechtigung gegeben worden sei und daß bei den von der Beklagten veranstalteten Ausgaben obiger beider Märchen ohne Frage die Bilder die Hauptsache, die Märchentexte aber als blose Zugabe zu betrachten seien: so wird die von den Sachverständigen im Anschlusse hieran ausgesprochene Ueberzeugung, „es sei wohl glaublich, daß die Beklagte sich zu der ihr zum Vorwurfe gemachten Handlung für berechtigt gehalten" und „der Vorstellung, dabei im Rechte zu sein, sich hingegeben habe" auch nach der vom Oberlandesgerichte gewonnenen Auffassung der Sache ausreichend begründet. Der blose Anblick der beiden Märchenausgaben der Beklagten läßt nach der Zahl, Art und Größe der den größten Theil des Raumes einnehmenden buntfarbigen Druckbilder erkennen, daß bei diesen kleinen dünnen Heftchen der Charakter bloser Bilderbücher für die Kinderwelt dergestalt in erster Linie steht, daß der Text nur als eine erläuternde Zugabe zu den die Hauptsache ausmachenden Bildern erscheint, während die übrigen, von den Sachverständigen hervorgehobenen Punkte und insbesondere der Umstand, daß die Gebrüder Grimm ihre Märchen auf dem Titelblatte selbst nur als „gesammelte", also von Anderen herrührende bezeichnet haben, die Annahme vollständig rechtfertigen, daß der Beklagten bei Benutzung jenes Märchentextes zur blosen Erläuterung ihrer Bilder-

bücher das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit gefehlt, sie vielmehr hierzu sich für befugt gehalten habe. Dies aber befreit die Beklagte von dem nach Obigem für die auf § 25 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 gegründete Schädenklage eine unerläßliche Voraussetzung bildenden Vorwurfe vorsätzlicher Verbreitung der qu. beiden Märchenausgaben,

vergl. auch die hiermit der Sache nach conformen Aussprüche des Reichsgerichts am Schlusse des Urtheils vom 13. Januar 1882 in Sachen Batz u. Graf Platen (Amtsgericht Dresden) und des vormal. Reichsoberhandelsgerichts in dessen Entscheidungen Bd. 22 S. 44,

und dies zwar um so unzweifelhafter, als dafür nicht das Geringste vorliegt, daß die Beklagte etwa noch nach erlangter Kenntniß von dem Inhalte des Gutachtens Bl. Actor. cit. irgend ein Exemplar ihrer Märchenausgaben feilgehalten oder vertrieben hätte, sie deren Vertrieb vielmehr seit Anfang Juli 1881 gänzlich eingestellt hat, während jenes Gutachten beim Prozeßgerichte nach Bl. erst am 6. Juli 1881 eingegangen ist.

10.

Straßenbau-Unternehmen Seiten einer Stadtgemeinde innerhalb des Stadtbezirks. Bewilligung freiwilliger Beiträge hierzu Seiten der Adjacenten. Offerte oder bindende Zusage? — Vertretung der Stadtgemeinde; §§ 108, 783, 814, 816, 871, 872, 1340, 1398 des BGB.

Urtheil des OLG. (I. Sen.) v. 22. Mai 1882 no. 36 O. I. 1882.

Aus dem Thatbestande ist vorauszuschicken:

Zwischen den Parteien ist unbestritten:

Die Beklagte ist alleinige Erbin des am 26. August 1880 verstorbenen Baugewerken S. zu D. geworden, welcher vom 20. August 1877 bis 3. Juli 1880 Eigenthümer des Hausgrundstücks Nr. 2 der St.straße zu D. war, und hat diesen Nachlaß angetreten.

Der Stadtrath zu D., welcher seit dem Jahre 1877 das Project, die jetzt in D. bestehende M.straße durchzubrechen, in's Auge gefaßt und wegen des dadurch voraussichtlich entstehenden großen Aufwandes

für Erwerbung von Grundstücken und Abtragung von Gebäuden mit den Besitzern derjenigen Grundstücke, welche nach der projectirten Anlage eine Front an dieser neuen Straße erhalten sollten, mit Rücksicht auf die diesen Grundstücken hieraus erwachsenden Vortheile wegen Gewährung je eines freiwilligen Beitrags Verhandlungen eingeleitet hatte, hatte demgemäß, Namens der Stadtgemeinde D., eine entsprechende Aufforderung auch an genannten S. gerichtet, dessen vorbezeichnetes Grundstück mit einer Frontlänge von $20,_{80}$ Meter an die damals projectirte Straße grenzt. Infolge dessen verhandelte der Stadtrath zu D. durch sein Mitglied, den Stadtrath G., an Rathsstelle zu D. über diese Angelegenheit mit S. und ist hierüber das in Klagbeilage A. abschriftlich zu lesende Protokoll*) von G. aufgenommen und von S. auf Vorlesen genehmigt und mit vollzogen worden, besage dessen S.

„nach stattgefundener Verhandlung sich verpflichtete, für den Fall des Durchbruchs der M.straße und zu der Zeit, wenn derselbe erfolgen werde, zu den Kosten derselben nach dem Frontmaße, mit welchem sein gedachtes Hausgrundstück an der M.straße adjaciren werde, demnach nach $20,_{80}$ Frontmetern, nach dem Satze von 423 Mark für den Frontmeter, den Betrag von 8798 Mark 40 Pf. an die Stadtgemeinde, als Unternehmerin des Durchbruchs, zu zahlen und auch die auf Adjacenz seines Grundstücks regulativmäßig aufzubringenden Beschleußungs- und Pflasterungskosten durch Ueberweisung auf die Landesculturrentenbank zu tragen."

Bereits am 16. Juli 1879 und noch ehe der Stadtrath sich mit den Stadtverordneten hierüber in's Vernehmen gesetzt hatte, erschien aber S. wieder an Rathsstelle zu D. und erklärte gegen G. besage eines von diesem hierüber aufgenommenen und von S. auf Vorlesen genehmigten und mit vollzogenen Protokolls,

„er ziehe seine Offerte vom 31. Januar d. J. wegen Gewährung eines Beitrags von 8798 Mark 40 Pf. hiermit für den Fall zurück, daß nicht innerhalb eines Zeitraums von 2 Monaten ein definitiver Beschluß wegen Durchführung der Straße und Annahme seiner Offerte gefaßt werde."

*) Vom 31. Januar 1879.

Hierauf hat der Stadtrath in der Zeit vom 1—12. September 1879 endgültig den Beschluß gefaßt, den Durchbruch der M.straße vorzunehmen und es ist dies durch Patent an S. und die übrigen Betheiligten unter der Erklärung mitgetheilt worden, daß der Stadtrath die Bewilligung der freiwilligen Beiträge nochmals acceptire und die Versprechenden für an ihr Versprechen gebunden erachte. Dies Patent hat S. noch am 16. September 1879 vorgelegt erhalten, hat aber dessen Unterzeichnung abgelehnt, da er sich die Sache erst nochmals überlegen müsse.

Erst im October 1879 ist diese Angelegenheit an die Stadtverordneten gelangt; diese haben am 15. October 1879 die Anwendung des Enteignungsverfahrens auf die qu. Straßenanlage beschlossen und am 5. November 1879 mit S.'s Versprechen sich einverstanden erklärt. —

Die klagende Stadtgemeinde erblickt in dem Protokolle vom 31. Januar 1879 einen bindenden Vertrag, zu dessen Abschlusse der Stadtrath auch ohne Zustimmung der Stadtverordneten ermächtigt gewesen sei und an welchem S. einseitig nichts habe ändern können. Sie fordert deshalb von der Beklagten, als Erbin S.'s, den versprochenen Beitrag von 8798 Mark 40 Pf. nebst 5 Procent Zinsen vom 1. Juni 1881 ab und es ist unbestritten, daß die Beklagte an diese Zahlung bereits im Mai 1881, nachdem die projectirte M.straßenanlage von der klagenden Stadtgemeinde mit einem Aufwande von mehreren Hundert Tausend Mark fertig gestellt war, gemahnt worden ist.

Die Beklagte dagegen findet in dem Protokolle vom 31. Januar 1879 nur eine nicht acceptirte Offerte ihres Erblassers, welche dieser habe modificiren können, und welche später ihre verbindliche Kraft verloren habe, da binnen der Frist von 2 Monaten der definitive, unter Zustimmung der Stadtverordneten zu fassen gewesene Beschluß über Acceptation jener Offerte nicht zu Stande gekommen sei.

Von der ersten Instanz ist mit Rücksicht darauf, daß S., und zwar infolge einer vorhergegangenen, also die Acceptation im Voraus aussprechenden Aufforderung des Stadtraths, den qu. Beitrag nicht blos offerirt, sondern zu solchem sich bindend „verpflichtet" habe,

überdies auch S. an die gegen G., als thatsächlichen Stellvertreter der Klägerin, abgegebene Erklärung so lange, bis die Klägerin über deren Annahme sich erklärt habe, jedenfalls gebunden gewesen sei, der Auffassung der Klägerin beigetreten und die Beklagte dem Klagantrage gemäß verurtheilt worden.

Die Beklagte hat Berufung gegen gedachtes Urtheil mit dem Antrage eingewendet, die Klägerin mit ihrer Klage kostenpflichtig abzuweisen, wogegen von der Klägerin die Verwerfung der Berufung beantragt worden ist.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung als unbegründet zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Bei der in dem Protokolle vom 31. Januar 1879 (Klagbeilage A.) verlautbarten Erklärung S.'s, des Erblassers der Beklagten, hat es sich nicht, wie Letztere geltend zu machen sucht, um ein von S. einseitig bewirktes bloßes Angebot eines Beitrages zu den Kosten der von der Stadtgemeinde D. damals projectirten Straßenanlage gehandelt, über dessen Acceptation die Stadtgemeinde sich vorerst noch zu erklären gehabt und welches daher S. so lange, als diese Acceptation nicht erfolgt war, nach § 816 des BGB. noch jederzeit hätte widerrufen oder beschränken können. Vielmehr hat S. seine obige Erklärung erst abgegeben, nachdem mit ihm vom Stadtrathe in Vertretung der Stadtgemeinde wegen Gewährung eines Beitrages zu jener Straßenanlage bereits verhandelt und S. zu Bewilligung eines solchen ausdrücklich aufgefordert, also Seiten des Stadtrathes im Voraus schon die Acceptation der Bewilligungserklärung zu erkennen gegeben worden war, s. § 814 Schlußs. BGB. Dies hat auch in dem erwähnten Protokolle dadurch deutlichen Ausdruck gefunden, daß besage desselben S. nicht einen Beitrag blos „offerirt", sondern „nach stattgehabter Verhandlung" zu Leistung eines, nach seinen Grundlagen und nach seinem Betrage bestimmt normirten Beitrags „sich verpflichtet" hat. Damit war der Vertrag über Gewährung dieses Beitrags nach § 783 des BGB. bindend abgeschlossen. Denn S. übernahm die qu. Verpflichtung an Rathsstelle gegenüber einem mit ihm in der Sache verhandelnden

Mitgliede des Stadtraths und zufolge der deshalb von Letzterem an ihn ergangenen Aufforderung, also unverkennbar in der Absicht und zu dem Zwecke, an den Stadtrath, als Vertretern der Stadtgemeinde, die von diesem ihm abverlangte Willenserklärung abzugeben, was sich überdies auch noch dadurch unzweideutig ausgesprochen hat, daß das hierüber an Rathsstelle aufgenommene Protokoll von S. unterzeichnet worden und offenbar mit des Letzteren Zustimmung dem Stadtrathe überlassen geblieben ist, s. § 1398 des BGB. Soweit aber mit Rücksicht darauf, daß der mit S. dabei verhandelnde Stadtrath G. für seine Person allein zu Vertretung der Stadtgemeinde an sich nicht berufen war, auch eine specielle Beauftragung desselben hierzu nicht festgestellt ist, es gleichwohl noch für zweifelhaft angesehen werden könnte, ob die von S. gegen G. abgegebene Willenserklärung den ersteren der Stadtgemeinde gegenüber zu verpflichten geeignet gewesen sei, so würde jedes diesfallsige Bedenken dadurch sich erledigen, daß bei der gedachten Gelegenheit G. wenigstens thatsächlich in unbeauftragter Geschäftsführung für die Stadtgemeinde handelnd aufgetreten und als Vertreter der letzteren von S. selbst behandelt, sowie daß gegen ihn als Vertretern der Stadtgemeinde dem Obigen zufolge Seiten S.'s jene Willenserklärung abgegeben worden ist,

s. auch Annalen des vormaligen K. OAG., II. Folge Bd. 1 S. 279.

Denn hieraus folgt nach § 788 Satz 2 BGB. jct. § 1340, daß S. an diese, als der Stadtgemeinde gegenüber erfolgt anzusehende Willenserklärung so lange gebunden blieb, bis feststand, ob die Stadtgemeinde von dem solchergestalt erlangten Rechte Gebrauch machen wollte, also die Geschäftsführung G.'s, welche in der für sie bewirkten Entgegennahme der Erklärung S.'s enthalten war, genehmigte,

vergl. dieselben Annalen, II. Folge Bd. 3 S. 250 flg.,

und diese Genehmigung ist Seiten der Stadtgemeinde durch deren späteres Vorgehen in der Sache unbestritten erfolgt. Es ist mithin gleichgültig, daß das Protokoll vom 31. Januar 1879 weder die Verlautbarung eines förmlichen, ausdrücklichen Vertragsschlusses, noch eine specielle Acceptationserklärung G.'s enthält, weil durch die Er-

klärung, welche S., entsprechend der an ihn ergangenen Aufforderung, an Rathsstelle gegen G., als thatsächlichen Vertreter der Stadtgemeinde, zu einem von ihm unterzeichneten und im Besitze des Stadtraths belassenen Protokolle abgab, nach Obigem der Vertragsabschluß sich von selbst vollzog. Hieran hat dadurch nichts geändert werden können, daß der Stadtrath später vorsorglicher Weise nochmals eine ausdrückliche Acceptation der Beitragsbewilligung gegen S. ausgesprochen und daß G., gegenüber dem nachträglichen, am 16. Juli 1879 unternommenen Versuche S.'s, seine Beitragszusage als blose einseitige und widerrufbare Offerte zu behandeln, die Verlautbarung eines Widerspruchs in dem Protokolle vom 16. Juli 1879 unterlassen hat. Auch war obiger Vertragsabschluß von der Genehmigung der Stadtverordneten nicht abhängig; denn nach außen und Dritten gegenüber vertritt gemäß §§ 98 und 106 der Revidirten Städteordnung der Stadtrath und Namens desselben der Bürgermeister, die Stadtgemeinde dergestalt, daß durch seine Vertragsschlüsse für die letztere mindestens Rechte der hier vorliegenden Art zweifellos erworben werden, da bei einem blosen Abkommen über Gewährung eines Beitrags zu einem von der Stadtgemeinde geplanten, wenn auch zugleich für den Versprechenden Vortheile in Aussicht stellenden Unternehmen, für die Stadtgemeinde weder Rechte aufgegeben, noch bleibende Verbindlichkeiten übernommen werden,

s. auch Wengler's Archiv, Jahrg. 1876 S. 470 und Jahrg. 1879 S. 688.

Zwar ist richtig, daß der Stadtrath bezüglich seines Beschlusses über die wirkliche Ausführung dieses Unternehmens, mit Hinblick auf die weittragende Natur des letzteren, nach den §§ 98 und 106 der Revidirten Städteordnung an die Zustimmung der Stadtverordneten gebunden war. Allein für die rechtliche Verbindlichkeit des mit S. geschlossenen Vertrags über Gewährung eines freiwilligen Beitrags zu dem Unternehmen ist dies an sich einflußlos und hat für diesen Vertrag nur insofern Bedeutung, als das definitive, mit Zustimmung der Stadtverordneten erfolgende Zustandekommen jenes Unternehmens die Voraussetzung und Bedingung für das Wirksamwerden des mit S. geschlossenen Vertrages über die Beitragsgewährung gebildet hat. Lediglich für das damals erst projectirte

Straßenbau-Unternehmen, also für den Fall des Zustandekommens desselben, war vom Jahre 1877 ab vom Stadtrathe mit S. verhandelt und die Aufforderung zu Bewilligung eines Beitrages hierzu an ihn erlassen worden und ausdrücklich nur „für diesen Fall“ hat auch S. zu Gewährung des geklagten Beitrages sich verpflichtet.

Diese Verpflichtung war sonach zwar mit voller rechtlicher Verbindlichkeit übernommen, aber doch nur unter der aufschiebenden Bedingung, daß das Unternehmen wirklich zu Stande kam, s. § 108 des BGB. Mit dem Eintritte dieser Bedingung aber trat folglich auch die von S. übernommene Verpflichtung in Kraft und bis dahin, wo dies durch die von den Stadtverordneten zu dem Beschlusse des Stadtrathes über Ausführung des qu. Straßenbau-Unternehmens ertheilte Zustimmung und durch die nachherige wirkliche Inangriffnahme des Unternehmens sich definitiv entschied — also so lange die Bedingung schwebte — blieb S. an die Verpflichtung, alsdann seinen versprochenen Beitrag zu zahlen, fest gebunden und war nicht befugt, dieselbe einseitig zurückzuziehen oder einzuschränken, siehe die §§ 871, 872 des BGB. Die erwähnte Bedingung ist aber, wie unbestritten feststeht, noch im Laufe des Jahres 1879 eingetreten. Mithin ist die Beklagte, als Erbin S.'s, rechtlich verbunden, aus den Mitteln des S.'schen Nachlasses, — wie die Verurtheilung der Beklagten in voriger Instanz richtig geförmelt worden ist, — den geklagten Beitrag nunmehr zu zahlen, da die Fälligkeit desselben, gemäß der darüber im Protokolle vom 31. Januar 1879 getroffenen Bestimmung, mit der, zugestandenermaßen im Mai 1881 beendigten Herstellung der obgedachten Straßenanlage eingetreten ist.

11.

Voraussetzungen für die Wirksamkeit des **Widerrufs** eines gerichtlichen Geständnisses; Beweispflicht hinsichtlich des dabei vorgekommenen Irrthums; § 263 der CPO. — **Neue** Compensationsansprüche in der Berufungsinstanz; § 491 der CPO. Ausschluß des Rückforderungsrechtes bei wissentlicher Zahlung einer Nichtschuld oder

bei Verzicht auf die Bestreitung der Verbindlichkeit; §§ 1519, 1523 des BGB.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 8. Juni 1882 no. 3 O. I. 1882.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte*) hat in der mündlichen Berufungsverhandlung die Erklärung abgegeben, daß er in Bezug auf die an der Klage vorbehaltlos eingeräumten 152 Mark 33 Pf., sowie in Bezug auf die Assecuranz- und Fuhrlohnforderung von 62 Mark 46 Pf., über welche Kläger in voriger Instanz den zurückgeschobenen Eid geleistet hat, seine Einwendungen gegen die beiden Urtheile voriger Instanz fallen lasse, hat also insoweit seinen auf gänzliche Klagabweisung gerichteten Berufungsantrag zurückgezogen. Danach ist die Klagforderung an sich außer Streit gestellt und es hängt folglich die Entscheidung lediglich noch von Beurtheilung der Gegenforderungen ab, welche der Beklagte aufrechnungsweise vorgeschützt hat.

Von diesen Gegenforderungen hat die bei no. 1 gedachte in jetziger Instanz eine weitere Ausführung nur insoweit gefunden, als Beklagter spezieller dargelegt hat, daß und weshalb er die 16 Mk 44 Pf. an Fuhrlohn und Assecuranzgebühr dem Kläger zu zahlen thatsächlich nicht schuldig gewesen und daß erst 2—3 Tage nach deren Bezahlung der Eintrag derselben im Beibuche A. von ihm gefunden worden sei. Dagegen hat Beklagter das hierunter in voriger Instanz abgelegte Geständniß, daß er bei Bezahlung dieser 16 Mk. 44 Pf. gewußt, er sei dieselben nicht schuldig, daß er sie aber bezahlt habe, um mit dem Kläger nicht in Streit zu kommen, weder ausdrücklich widerrufen, noch hat er, wie diesfalls nach § 263 der Civilprozeßordnung erforderlich gewesen sein würde, irgendwie anzuführen und nachzuweisen unternommen, daß das qu. Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt worden sei. Wäre aber auch in der Behauptung, daß erst 2—3 Tage nach der Zahlung der Eintrag der 16 Mk. 44 Pf. in dem Beibuche von ihm entdeckt worden sei, die Bezugnahme darauf zu finden, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche: so würde dies doch nach § 263

*) Beklagter ist Berufungskläger. D. R.

der Civilprozeßordnung nicht genügen. Denn diese Gesetzesvorschrift erfordert mit Rücksicht auf die dispositive Natur des, einen Beweisverzicht enthaltenden Geständnisses, ausdrücklich auch noch die Behauptung und den Nachweis eines dabei untergelaufenen Irrthums, also eines Mangels, welcher den in dem Geständnisse liegenden Willensact entkräftet,

vergl. die Commentare zur Civilprozeßordnung von Struckmann & Koch, edit. II. Seite 224 zu § 263 und von Sarwey's, Bd. 2 Seite 404 flg. zu § 263.

Ohnehin scheint ein Irrthum, der obiges Geständniß beeinflußt haben sollte, nahezu ausgeschlossen, da nach dem jetzigen Vorbringen des Beklagten die Auffindung des angeblich falschen Buch-Eintrags schon 2—3 Tage nach dem 8. Januar 1881, also lange vor Beginn des gegenwärtigen Prozesses,*) erfolgt sein soll. An obiges Geständniß bleibt daher Beklagter nach § 494 der Civilprozeßordnung auch in der Berufungsinstanz gebunden. Daß dasselbe aber der Beachtung der Einrede no. 1 entgegensteht, ist von der vorigen Instanz mit Recht angenommen und vom Beklagten selbst zu widerlegen nicht versucht worden. Die Rückforderung wegen Leistung einer Nichtschuld setzt nach § 1519 und § 1523 des Bürgerlichen Gesetzbuchs voraus, daß der Leistende sich im Irrthume über das Vorhandensein der Verbindlichkeit befunden hat. Die Annahme eines Irrthums hierüber ist aber dann ohne Weiteres ausgeschlossen, wenn der Leistende, — wie dies hier von Seiten des Beklagten geständlich geschehen ist, — die Leistung bewirkt hat, obgleich er wußte, daß er dazu nicht verbunden war,

vergl. Annalen des vormaligen Königlichen Oberappellationsgerichts, Neue Folge Bd. 10 Seite 278 verbunden mit Neue Folge Bd. 6 S. 96 und II. Folge Bd. 3 S. 531 flg.

Die Einrede no. 2 hat in jetziger Instanz in Bezug auf die meisten und dem Betrage nach hauptsächlichsten Quantitäten Mehl, deren Lieferung angeblich nicht stattgefunden, sowohl hinsichtlich der Lieferzeit, als hinsichtlich der Arten und Quantitäten dieses Mehles und namentlich auch hinsichtlich der Gesammtsumme der Preise durch

*) Klagzustellung: am 25. October 1881. D. R.

das unter no. IIIa. bei Post 1, 2, 3, 4, 7*) Vorgebrachte derartige Veränderungen und Erweiterungen erfahren, daß insoweit, als dies der Fall ist, an sich die Vorschützung neuer Gegenforderungen vorliegt, deren Beachtung nach § 491 der Civilprozeßordnung die sofortige Glaubhaftmachung des Umstandes erfordern würde, daß Beklagter ohne sein Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen. Diese Glaubhaftmachung ist aber nicht erfolgt und würde vom Beklagten gar nicht zu beschaffen gewesen sein, da er nach seinem eigenen jetzigen Vorbringen bereits am 30. März 1881, also schon vor Beginn des vorliegenden Prozesses, die Einträge der angeblich nicht geliefert erhaltenen Posten Mehl entdeckt haben will. Wenn man aber auch der vom Beklagten aufgestellten Ansicht, daß es sich hierunter nur um eine zulässige Ergänzung und Berichtigung der Einrede no. 2, nicht um Vorschützung völlig neuer Gegenansprüche, also immer noch um die nämliche, in voriger Instanz schon vorgeschützte Gegenforderung handle, sich ohne Bedenken anschließen könnte: so steht der Berücksichtigung dieser Gegenforderung doch eben deshalb dann auch das in Bezug auf dieselbe in voriger Instanz abgelegte Geständniß des Beklagten entgegen, daß er bei Bezahlung der betreffenden Rechnungsansätze für Mehl gewußt habe, daß er zuviel zahle, gleichwohl aber die Zahlung geleistet habe, um mit dem Kläger nicht in Streit zu kommen. Auch hinsichtlich dieses Geständnisses liegt ein ausdrücklicher Widerruf nicht vor, noch ist vom Beklagten angeführt und zu beweisen gesucht worden, daß dasselbe durch einen Irrthum veranlaßt worden sei. Auf einen solchen Irrthum würde sich auch Beklagter zu beziehen kaum im Stande gewesen sein, da er nach seinem jetzigen Vorbringen schon am 30. März 1881 gefunden haben will, daß er die excipirten, bereits vor letztgedachtem Tage berichtigten Kaufpreis-Beträge überhaupt nicht schuldig worden sei, danach aber es sich thatsächlich nicht absehen läßt, inwiefern sein erst im Laufe des späteren Prozesses abgelegtes Geständniß, er habe bei der Zahlung bereits gewußt, daß er soviel nicht schuldig sei, habe aber doch die Zahlung geleistet, um mit dem Kläger nicht in Streit zu kommen, durch einen Irrthum

*) Die factischen Einzelheiten interessiren hier nicht weiter. D. R.

hierüber sollte veranlaßt worden sein. Es gilt daher auch in Bezug auf dieses Geständniß ganz das Gleiche, was oben bei Einrede no. 1 über das Gebundenbleiben des Beklagten an sein Geständniß, sowie über die aus den §§ 1519, 1523 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sich ergebenden rechtlichen Wirkungen des letzteren bemerkt worden ist, so daß dahin gestellt bleiben kann, ob das neue Vorbringen sub no. III. auch eine genügende Bezugnahme darauf enthalte, daß das Geständniß, wie § 263 der Civilprozeßordnung ebenfalls erfordern würde, der Wahrheit nicht entsprochen habe. Insbesondere führt auch die vom Beklagten auf einen Vorhalt seines eignen Anwaltes in voriger Instanz abgegebene Erklärung, wonach er dem Kläger wiederholt bemerklich gemacht, die Rechnung stimme nicht, Kläger dies aber bestritten und vor Gewährung neuen Credits die Bezahlung der alten Schuld verlangt und er, Beklagter, sich diesem Verlangen gefügt und das Zuvielgeforderte bezahlt habe, ganz zweifellos zu der Annahme, daß Beklagter hierunter nach § 1523 Schlußsatz des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu einer Zurückforderung nicht berechtigt ist, da er danach auf die versuchte Bestreitung der Verbindlichkeit schließlich doch factisch verzichtet hat.

In den vom Beklagten in der mündlichen Berufungsverhandlung persönlich gemachten Schlußbemerkungen ist zwar die Behauptung enthalten, daß beim Landgerichte insofern ein Irrthum bei der Protokollirung sich eingeschlichen habe, als er zwar zugegeben, mit dem Kläger Streit haben vermeiden zu wollen, dagegen nicht zuzugestehen beabsichtigt habe, wissentlich zuviel gezahlt zu haben. Allein diese Behauptung besagt nicht, daß gedachtes Geständniß durch Irrthum veranlaßt worden sei, sondern greift die Richtigkeit des Thatbestandes der vorigen Entscheidung an uud sucht geltend zu machen, daß jenes Geständniß thatsächlich nicht abgegeben worden sei. Einen Einwand dieser Art würde aber Beklagter nach § 291 der Civilprozeßordnung binnen der dort gedachten einwöchigen Frist sogleich beim Landgerichte haben vorbringen müssen; dies hat er unterlassen und ist er damit jetzt nicht weiter zu hören, insofern nach § 285 der Civilprozeßordnung der Thatbestand hinsichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert. Es kann daher auch auf sich beruhen, daß jene Schlußbehauptung des Beklagten, beim Hinblick auf

den Zusammenhang und auf den Wortlaut, in welchem das erwähnte, übrigens auch bei der Einrede no. 1 in ganz ähnlicher Weise erfolgte Geständniß nach dem Thatbestande der vorigen Instanz abgelegt worden ist, sowie beim Hinblick auf die damit ganz im Einklange stehende Erklärung, welche Beklagter in erster Instanz auf Vorhalt seines eigenen Anwaltes mit Bezug auf die Umstände, durch welche er schließlich genöthigt worden sei, dem Verlangen des Klägers sich zu fügen und das Zuvielgeforderte zu bezahlen, abgegeben hat, die Wahrscheinlichkeit durchaus nicht für sich hat.

12.

Als Ersatz des eigentlichen Schadens, kommt bei verzögerter Rückgabe deponirter Werthpapiere nicht der höchste Cours in Betracht, den letztere während des Verzugs jemals gehabt haben. Entgangener Gewinn „nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen;" Art. 283, 355, 357 des D. HGB.; §§ 124, 125, 740, 744 des BGB.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 15. Juni 1882 no. 83 O. I. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist zu bemerken: Kläger hatte als Vorstand der verklagten Actien-Gesellschaft, den Statuten gemäß bei derselben 50 Stück ihrer Actien sammt Talons und Coupons deponirt. Nach Beendigung seiner Vorstandschaft mußte er diese Papiere von der Gesellschaft herausklagen. Nachdem er dieselben zurück erhalten, erhob er wegen Verzögerung der Rückgabe wider die Gesellschaft Schädenklage. Um diese handelt es sich in den nachstehenden

Entscheidungsgründen.

Es besteht keine gesetzliche Bestimmung, vermöge deren der Verpflichtete, welcher mit Ausantwortung einer von ihm herauszugebengen Sache in Verzug geräth, dem Berechtigten, — wie der Kläger an erster Stelle angenommen wissen will, — den höchsten Werth zu vergüten verpflichtet wäre, welchen die Sache während des Verzuges jemals gehabt hat. Im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche ist ein Fall der angegebenen Art überhaupt nicht vorgesehen, das demnach in Betracht zu ziehende Bürgerliche Gesetzbuch aber bestimmt

in absichtlicher Zurückweisung der obigen, vom Kläger geltend gemachten Ansicht, — wie die vorige Instanz ganz richtig schon hervorgehoben hat, — daß in dem gedachten Falle dann, wenn die Sache, wie hier, noch geleistet wird, der Gläubiger berechtigt sei, neben der Sache selbst Dasjenige mit Verzugszinsen zu fordern, was die Sache, wenn sie zur Erfüllungszeit am Erfüllungsorte geleistet worden, mehr werth gewesen wäre, als sie zur Zeit der wirklichen Leistung am Orte derselben werth ist,

vergl. § 744 Schlußs. des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Commentar zu demselben edit. II. Bd. 2 S. 59, sowie Sintenis, Anleitung, S. 205.

Nach dieser Bestimmung, welche übrigens mit den im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche für den Fall des Verzugs des Verkäufers in Lieferung einer Waare in dem Artikel 355 jct. 357 Abs. 3 gegebenen Vorschriften (s. Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen Bd. 1 S. 241 no. 3 und Bd. 4 S. 5 flg.) im Wesentlichen sich im Einklange befindet, — würde jedoch der Kläger, wie er selbst nicht verkannt hat, an sich einen Schädenanspruch um deswillen wider die Beklagte nicht erheben können, weil unbestritten ist, daß die 50 Stück Actien, mit deren Herausgabe an den Kläger die Beklagte vom 1. October 1875 ab in Verzug gekommen war, an diesem Tage nur einen Verkaufswerth von 12% hatten, während dieselben zur Zeit der späteren Herausgabe einen solchen von 40, 85% und resp. 41, 1% gehabt, also während des Verzuges an Werth nicht verloren, sondern ansehnlich gewonnen haben.

Gleichwohl ist, — wie die vorige Instanz ebenfalls schon richtig hervorgehoben hat, — deshalb noch nicht ausgeschlossen, daß dem Kläger doch wenigstens um deswillen ein Schadenersatz-Anspruch zustehe, weil nach § 740 des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Verpflichtete, welcher in Verzug kommt, dem Berechtigten überhaupt allen Schaden, welchen dieser dadurch erleidet, daß die Forderung nicht zeitig erfüllt worden ist, zu ersetzen hat, — also nach der in Art. 283 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs, conform mit § 124 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, gegebenen Begriffsbestimmung sowohl den wirklichen Schaden, als den entgangenen Gewinn. Nur erfordert

ein solcher Schädenanspruch dann, wenn wie hier der Berechtigte mit dem im Gesetze für den einzelnen Fall zunächst vorgesehenen speziellen Schadenersatzbetrage (— wie in § 744 Schlußs. des Bürgerlichen Gesetzbuchs und in Art. 357 Abs. 3 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs —) sich nicht begnügen, sondern auf eine höhere Entschädigung Anspruch erheben will, gleich anderen im Gesetz nicht speziell vorgesehenen Schadenersatzbeträgen, besondere thatsächliche Begründung,

vergl. Siebenhaar in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung. N. F. Bd. 28 S. 481 flg. bei no. 3 jct. S. 488 flg., 492 zu no. 2, 3 und Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts Bd. 6 S. 194, 226 flg. und Bd. 7 S. 377.

Insbesondere kann der hier in Frage stehende entgangene Gewinn nach § 125 des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit in Betracht kommen, als ein solcher nach dem gewöhnlichen, regelmäßigen Laufe der Dinge oder nach den getroffenen Vorkehrungen und Anstalten oder sonst nach den Umständen erwartet werden konnte. Es ist aber nicht ohne Weiteres als dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechend vorauszusetzen, daß der Kläger zur Verwerthung der qu. Actien gerade an dem Tage, an welchem diese den höchsten Verkaufswerth vorübergehend erlangt hatten, verschritten sein würde; denn ebenso gut ist möglich, daß der Kläger, da diese Actien am 1. October 1875 nur einen Verkaufswerth von 12% besessen, zu Anfang des Monats Januar 1881 aber eine sehr ansehnliche Courserhöhung (49%) erfahren hatten, bereits vor Eintritt des späteren höchsten Courses (52, 40%) — wie thatsächlich auch geschehen sein soll, — zu dem Verkaufe der Actien sich entschloß, oder auch daß er zur Zeit, als jener höchste Cours anstand, in der Erwartung noch weiterer Courssteigerung den Verkaufsentschluß noch nicht faßte. Entscheidend ist also nach § 125 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ob der Kläger nach den von ihm getroffenen Vorkehrungen und Anstalten oder sonst nach den Umständen einen höheren Gewinn als den in Folge der erst im Juni 1881 erfolgten Aushändigung der Actien an ihn und des hiernächst bewirkten Verkaufes derselben ihm zugeflossenen, voraussetzlich gemacht haben würde. Dies aber ist insofern der Fall, als der

Kläger durch den in seinem ausdrücklichen Auftrage am 7. Januar 1881 von seinem Anwalte an den Anwalt der Beklagten gerichteten, von Letzterem spätestens am 10. Januar 1881 gelesenen Briefe die bestimmte, unter Vorbehalt des Anspruchs auf Ersatz des ihm durch weitere Verzögerung der Actien-Herausgabe entstehenden Verlustes ausgesprochene Absicht zu erkennen gegeben hatte, die Actien zu dem damaligen Course zu verkaufen. Daß diese Absicht eine ernstliche war, läßt sich sowohl nach dem angegebenen Inhalte und Zwecke dieses Briefes, als mit Hinblick darauf, daß damals nach dem von der Beklagten als beweiskräftig ausreichend anerkannten „Memorandum" der Bankfirma „G. & R. in D." der Cours jener Actien, namentlich im Vergleiche zu dem Curse vom 1. October 1875, ein ziemlich hoher geworden war, mit Grund nicht bezweifeln, wie denn auch der Kläger später, nach endlichem Rückempfange der Actien, dieselben sofort veräußert hat, obgleich deren Verkaufswerth immittels um circa 9% zurückgegangen war. Andererseits ist in dem vom Kläger zur Abfassung und Absendung jenes Briefes vom 7. Januar 1881 an seinen Anwalt ertheilten Auftrage und in der sofort erfolgten Ausführung dieses Auftrages eine, im Sinne von § 125 des Bürgerlichen Gesetzbuchs als genügend sich darstellende „Vorkehrung" oder „Veranstaltung" für den Verkauf unbedenklich zu erblicken, weil letzterer zunächst und vor allen Dingen die Herbeiführung der endlichen Rückgabe der Actien, zu welcher die Beklagte damals durch übereinstimmendes Definitiverkenntniß zweier Instanzen bereits verurtheilt war, voraussetzte, während es im Uebrigen zu Ausführung des Verkaufes nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge sodann nur noch der Uebergabe der Actien an ein Bankgeschäft behufs der Veräußerung an der Börse bedurft haben würde. Gemäß § 124, 125 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist mithin als der dem Kläger durch die verzögerte Rückgabe der Actien entgangene Gewinn die Differenz zwischen dem nach obgedachtem Memorandum am 11. Januar 1881 angestandenen Verkaufs- oder Courswerthe jener 50 Stück Actien von 47½% (in Summa 7125 Mark) und dem im Monat Juni 1881 erzielten Erlöse von 6156 Mk. 75 Pf., folglich der Betrag von 968 Mk. 25 Pf. anzusehen, weil nach den vom Kläger nach Obigem getroffenen Vorkehrungen und sonst nach den angegebenen Umstän-

den vorauszusetzen ist, daß der Kläger die Actien sogleich am 11. Januar 1881 verkauft haben würde, wenn es ihm gelungen wäre, deren sofortige Herausgabe durch den erwähnten Brief von der Beklagten zu erreichen.

Einflußlos ist hierbei, daß dieser Brief nicht an den Vorstand der beklagten Gesellschaft, sondern an den damals mit Führung des Prozesses über die Herausgabe der Actien beauftragten Anwalt der Beklagten gerichtet worden ist. Denn dieser Brief hatte nicht den Zweck, einen Verzug der Beklagten zu begründen, da dieser Verzug längst eingetreten war, sondern hat bei gegenwärtiger Frage lediglich Bedeutung für den Beweis der damaligen ernstlichen Verkaufsabsicht des Klägers und für den Beweis der sonst nach § 125 des Bürgerlichen Gesetzbuchs hierunter in Betracht kommenden Umstände; für diesen Beweis aber war es genügend, wenn der Kläger seine Verkaufsabsicht dem Vertreter der beklagten Gesellschaft in dem Prozesse anzeigte, welcher die Herausgabe der Actien betraf. Die Verzögerung dieser Herausgabe ist ja die Ursache des jetzt geltend gemachten Schadens.

13.

Der **unverheirathete** Verkäufer eines Landgrundstücks behält sich „für sich und seine Ehefrau" einen Auszug vor. Tragweite dieser Bestimmung nach älterem K. S. Rechte und nach § 1161 des BGB.

Urtheil des OLG.'s (IV. Sen.) vom 26. Septbr. 1882 no. 47 O. IV. 1882.

Nach Inhalt der der Klage unter I. abschriftlich beigefügten Kaufs- und Confirmationsurkunde vom 25. November 1843 hat Karl Gottlieb R. unter dem 7. November desselben Jahres die ihm eigenthümlich gehörige Häuslernahrung zu S. an Johann Gottfried Pf. in S. verkauft und dabei „für sich und seine Ehefrau" den in § 4 der gedachten Urkunde seinem Gegenstande nach näher bezeichneten Wohnungsauszug an dem verkauften Grundstücke sich vorbehalten und ist dieser Kauf gerichtlich bestätigt worden. Später ist für das verkaufte Grundstück das Folium 185 des Grundbuchs für S. angelegt und auf diesem Folium auch der vorbehaltene Wohnungsauszug eingetragen worden. Zur Zeit der Bestellung des

letzteren war der Verkäufer R. Wittwer, er heirathete aber am 14. Januar 1844 die Beklagte. Diese Ehe wurde erst durch den am 17. December 1881 erfolgten Tod R.'s getrennt. Seitdem hat die Beklagte die Auszugswohnung allein inne. Seit dem 3. Mai 1853 ist die Klägerin die im Grundbuche eingetragene Eigenthümerin des Grundstücks.

Hierüber sind die Parteien einverstanden.

Die Klägerin verlangte von der Beklagten in erster Linie die Räumung der Auszugswohnung und die Löschung des auf den Auszug sich beziehenden Eintrags im Grundbuche, eventuell aber die Entfernung des von der Beklagten in die Auszugswohnung aufgenommenen Ziehkindes. Sie stützte das erstere Verlangen darauf, daß die Auszugsbestellung R.'s, da dieser zur Zeit derselben nicht verheirathet gewesen sei, nur auf seine künftige Ehefrau sich habe beziehen können, eine derartige Constituirung eines Rechtes zu Gunsten einer dritten, zur Zeit der Bestellung noch völlig ungewissen und erst durch den Eintritt eines künftigen Ereignisses zu bestimmenden Persönlichkeit aber sowohl nach den allgemeinen, von den Verträgen zu Gunsten dritter Personen geltenden Grundsätzen, wie nach der besonderen Vorschrift in § 1161 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam gewesen sei und daher die Beklagte durch jenen Auszugsvorbehalt auch kein eigenes Recht habe erwerben können, sondern lediglich auf Grund des Rechtes ihres Ehemannes nach § 639 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Mitbenutzung der Auszugswohnung berechtigt gewesen sei, so daß ihr gegenwärtig, nach dem Tode ihres Ehemannes, ein Recht auf Benutzung dieser Wohnung nicht mehr zustehe.

Die Beklagte hat das Recht der Klägerin, die Entfernung eines zur Zeit bei ihr aufhältlichen Enkelkindes aus der Auszugswohnung zu verlangen, anerkannt, insoweit mithin dem Klagantrage sich unterworfen und alsbaldige Entfernung des Kindes versprochen, dagegen im Uebrigen Abweisung der Klage beantragt.

Die erste Instanz hat die Beklagte auf Grund ihres Anerkenntnisses in Gemäßheit von § 278 der CPO. zur Entfernung des von ihr in die Auszugswohnung aufgenommenen Kindes aus derselben verurtheilt, dagegen die Klage, soweit in derselben die Verurtheilung der Beklagten zur Löschung des für sie auf Folium 185 des Grund-

und Hypothekenbuchs für S. eingetragenen Wohnungsrechtes und zur Räumung der in der Klage gedachten Auszugswohnung gefordert worden ist, unter Verurtheilung der Klägerin zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites abgewiesen. In den letzteren beiden Beziehungen stützt sich diese Entscheidung auf folgende Gründe:

Die Frage, ob die Beklagte ein selbständiges, von dem Rechte ihres Ehemannes unabhängiges Recht erworben habe, sei nach § 18 der Verordnung, die Publication des Bürgerlichen Gesetzbuchs betr., nach dem älteren sächsischen Rechte zu beantworten. Dasselbe stimme aber in dieser Beziehung mit dem gegenwärtig geltenden Rechte überein (Bekanntm. des vorm. K. S. Oberappellationsgerichts, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betr., vom 2. October 1839, unter 9). Hiernach sei es, wie jetzt nach § 1161 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, schon früher zulässig gewesen, sich einen Auszug für den anstatt des früheren, zur Zeit der Auszugsbestellung vorhandenen eintretenden anderweiten Ehegatten versprechen zu lassen, nur habe es zu dem Zwecke einer ausdrücklichen Vereinbarung bedurft, daß der Auszug auch zu Gunsten des eventuellen künftigen Ehegatten bestellt sein solle. Es müsse deshalb auch zulässig sein, daß eine zur Zeit der Auszugsbestellung noch nicht verehelichte Person einen Auszug zugleich für den künftigen Ehegatten sich versprechen lasse. Es sei dies um so weniger zu bezweifeln, als der Ehegatte zu den gesetzlichen Erben gehöre, nach § 852 des Bürgerlichen Gesetzbuchs aber Verträge in der Weise geschlossen werden könnten, daß die Betheiligten für alle oder auch nur für einen ihrer Erben Etwas sich versprechen ließen. Das sei auch schon vor Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Sachsen Rechtens gewesen. Dem von der Klägerin in erster Linie gestellten Antrage könne deshalb nicht stattgegeben werden.

Die Prozeßkosten seien ausschließlich der Klägerin aufzulegen gewesen, da die Beklagte dem eventuellen Klagantrage sich sofort unterworfen habe und besondere Kosten durch diesen Streitpunkt nicht veranlaßt worden seien (§ 88 Abs. 2 der CPO.).

Die Klägerin hat mit der von ihr gegen das erstinstanzliche Urtheil eingewendeten Berufung den Antrag verbunden, die Beklagte

zur gerichtlichen Bewilligung der Löschung des für die Ehefrau Karl Gottlieb N.'s in der dritten Rubrik des Folii 185 des Grund- und Hypothekenbuchs für S. verlautbarten Wohnungsrechtes und zur Räumung der in der Klage und deren Anlage I näher bezeichneten Wohnung, sowie zur Tragung der Prozeßkosten erster Instanz und der Berufungskosten zu verurtheilen. Von der Beklagten ist die Zurückweisung des eingelegten Rechtsmittels und die Verurtheilung der Klägerin zur Tragung der Kosten desselben beantragt worden. Das OLG. erkannte in Gemäßheit des letzteren Antrages, aus folgenden:

Gründen:

Den Gründen, aus welchen die erste Instanz die Klage theilweise abgewiesen und die Klägerin zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt hat, ist im Wesentlichen beizutreten und zur Widerlegung der neueren Anführungen der Klägerin nur noch Folgendes hinzuzufügen.

Sowohl nach älterem, wie neuerem sächsischen Rechte ist es zulässig, ganz im Allgemeinen für den künftigen Ehegatten d. h. ohne nähere Bezeichnung der Person desselben, ja sogar unter Umständen, wo es noch fraglich ist, ob die Eheschließung überhaupt und mit wem sie erfolgen wird, einen Auszug zu bestellen. Es ergiebt sich dies für das ältere sächsische Recht aus den Bestimmungen in Nr. 9 der Bekanntmachung des vormaligen K. S. Oberappellationsgerichts vom 2. October 1839, einige Rechtssätze in Beziehung auf den Auszug betr., und für das neuere sächsische Recht aus der Vorschrift in § 1161 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, indem nach beiden selbst derjenige, welcher bereits verheirathet ist, für seinen künftigen anderweiten Ehegatten mit rechtlicher Wirksamkeit und Gültigkeit einen Auszug bestellen kann. Nur setzt dies sowohl nach dieser Vorschrift, wie nach jenen Bestimmungen voraus, daß die Vertragschließenden ausdrücklich den an Stelle des bereits vorhandenen Ehegatten etwa tretenden anderweiten Ehegatten als ebenfalls Berechtigten bezeichnet haben und diejenige verheirathete Person, welche den Auszug bedungen, solchen nicht blos im Allgemeinen „für sich und ihren Ehegatten" vorbehalten hat. Etwas Anderes be-

sagt auch nicht die im Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle vom Jahre 1845 S. 11 flg. abgedruckte oberrichterliche Entscheidung, auf welche sich die Klägerin bei dem Versuche der Begründung ihres Rechtsmittels mit bezogen hat.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß die Bestellung eines Auszugs für den künftigen Ehegatten nach älterem, wie neuerem sächsischen Rechte dann zulässig ist, wenn darüber kein Zweifel obwalten kann, daß dieser Ehegatte nach dem Willen der Vertragsschließenden als der Berechtigte gelten soll. Dies ist aber offenbar dann der Fall, wenn der Besteller des Auszugs unverheirathet ist und er „für sich und seinen Ehegatten" den Auszug vorbehält, indem solchenfalls dieser Vorbehalt nur auf seinen künftigen Ehegatten sich beziehen kann. Im vorliegenden Falle bestreitet ja die Klägerin selbst nicht, daß der Vorbehalt R.'s, weil dieser zur Zeit der Bestellung des Auszugs unverheirathet war, nur auf dessen künftige Ehefrau sich habe beziehen können. Ist aber hiervon auszugehen, so hat auch die Beklagte durch die Bestellung des Auszugs und ihre nachherige Verheirathung mit R. ein von dessen Rechte unabhängiges, selbständiges Recht auf die Benutzung der fraglichen Auszugswohnung erworben, möge der Fall nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder nach dem vor dessen Inkrafttreten in Sachsen in Geltung gewesenen Rechte zu beurtheilen sein.

Diese Erwägungen, durch welche die Behauptung der Klägerin, daß dem von der Beklagten in Anspruch genommenen Rechte sowohl die Bestimmung in § 1161 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, als auch die Grundsätze hinsichtlich der Verträge zu Gunsten Dritter entgegenstünden, von selbst ihre Widerlegung findet, führten zur Zurückweisung des eingelegten Rechtsmittels ꝛc.

14.

Verbürgung der Ehefrau, außerhalb des Königreichs Sachsen vorgenommen; hinsichtlich ihrer Gültigkeit nicht ohne Weiteres nach § 1650 verb. mit §§ 6, 19 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Sächsischen Richter zu beurtheilen;

es entscheidet hierunter die Handlungsfähigkeit der Ehefrau, § 7 des BGB.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 15. Novbr. 1882 no. 110 O. I. 1882.

Die Kläger nehmen die Beklagte, welche die Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes im Königreiche Sachsen theilt, aus einer für Letzteren im Königreiche Preußen schriftlich eingegangenen Bürgschaft vor dem sächsischen Richter in Anspruch.

Die erste Instanz hat die Klage abgewiesen; die von den Klägern dagegen eingewendete Berufung wurde vom OLG. als unbegründet zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Der Annahme der vorigen Instanz, daß die Vorschrift in § 1650 Bürgerliches Gesetzbuch zu denjenigen präceptiven Gesetzesbestimmungen gehöre, welche wegen ihres besonderen Zweckes gemäß § 19 BGB. die Anwendung eines abweichenden ausländischen Rechtes ausschließen, vermochte das Oberlandesgericht nicht beizutreten. Die Vorschrift in § 19 des BGB. kann nur in Frage kommen, — was die vorigen Richter an sich auch nicht verkannt haben, — wenn es sich um ein gebietendes oder verbietendes inländisches Gesetz handelt, welches schon nach seiner Wortfassung, oder doch nach dessen deutlich erkennbarem Zwecke und nach den demselben zu Grunde liegenden höheren sittlichen politischen oder volkswirthschaftlichen Erwägungen ein für alle Mal dergestalt als Norm hat gelten sollen, daß die Anwendung eines abweichenden fremden Rechts unbedingt ausgeschlossen erscheint,

vgl. Annalen des vorm. K. S. Oberappellationsgerichts, II. Folge Bd. 6 S. 69 flg.

Zu den Gesetzen dieser Art läßt sich die Vorschrift in § 1650 BGB. nicht zählen. Mögen derselben auch die von der vorigen Instanz hervorgehobenen Rücksichten auf die Geschäftsunkenntniß der Frauen zu Grunde liegen: so folgt doch aus den §§ 1653, 1654 BGB., daß der Gesetzgeber selbst jene Vorschrift nicht ausnahmslos und unbedingt hat durchschlagen lassen wollen, sondern unter Umständen den von Ehefrauen ohne Beobachtung dieser Vorschrift eingegangenen Verpflichtungen gleichwohl Gültigkeit beilegt. Man würde

auch bei Befolgung der Annahme voriger Instanz zu der vom Gesetzgeber zweifellos nicht beabsichtigten Folgerung gelangen müssen, daß selbst den von einer Ausländerin für ihren Ehemann im Auslande gültig eingegangenen Verpflichtungen wegen mangelnder Beobachtung der Vorschrift in § 1650 BGB. in Sachsen die Wirksamkeit zu versagen sei.

Nichtsdestoweniger war in jetziger Instanz zur Aufrechterhaltung der vorliegenden Klage nicht zu gelangen. Denn in der Vorschrift in § 1650 BGB. verbunden mit § 81 Schlußs. ist unzweifelhaft eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau festgesetzt.

vergl. Commentar zum BGB. edit. II. Bd. 1 S. 120 Abs. 3; Entscheidungen des vormal. Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 22 S. 68 und das auf verwandter Auffassung beruhende Urtheil des Reichsgerichts in dessen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 6 S. 394 a. E. flg.

Die Handlungsfähigkeit einer Person aber ist gemäß § 7 BGB. nach den Gesetzen desjenigen Staates zu beurtheilen, dessen Unterthan dieselbe ist. Diese Bestimmung schlägt in gegenwärtigem Falle ein, da die Beklagte nach den von ihr in jetziger Instanz beigebrachten Zeugnissen mit ihrem, durch Geburt dem sächsischen Unterthanenverbande angehörigen Ehemanne durch kirchliche Trauung ehelich verbunden ist, also die Staatsangehörigkeit in Sachsen unzweifelhaft besitzt, während die Kläger ihre frühere Behauptung, daß der Ehemann der Beklagten später in den preußischen Unterthanenverband aufgenommen worden sei und dadurch die Staatsangehörigkeit in Sachsen verloren habe, nicht haben aufrecht erhalten können,

vergl. die §§ 1, 2, 5, 16 des K. S. Gesetzes vom 2. Juli 1852 verbunden mit den §§ 2, 3, 5, 6, 12, 13 des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870 die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit betr.

Daraus folgt, daß die in Klagbeilage D ersichtliche Verbürgung der Beklagten für ihren Ehemann vom 1. September 1879 wegen Nichtbeachtung der Vorschrift in § 1650 BGB. nach dieser Vorschrift verb. mit § 81 und § 7 des BGB. für nichtig zu erachten ist und deshalb vom sächsischen Richter als wirksam nicht an-

erkannt werden kann, obgleich solche in Preußen, wo dieselbe eingegangen worden ist, nach den dortigen Gesetzen der rechtlichen Wirksamkeit nicht entbehren würde. Denn in Sachsen kommt auch in solchen Fällen bezüglich der Handlungsfähigkeit nach § 6, 7 BGB. das inländische Recht zur Anwendung und es kann deshalb den von den Klägern angerufenen Bestimmungen des preußischen Rechts Einfluß auf die gegenwärtige Entscheidung nicht zugestanden werden.

Endlich findet auch die von den Klägern weiter unternommene Bezugnahme auf § 9 BGB. darin ihre Widerlegung, daß in § 1650 BGB. ganz im Allgemeinen jedes Rechtsgeschäft, durch welches sich eine Ehefrau für den Ehemann verpflichtet, für nichtig erklärt, und nur eine Ausnahme hiervon unter den dort angegebenen Voraussetzungen nachgelassen, also bemerktermaßen die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen bestimmten Beschränkungen unterworfen worden, nicht eine bloße Formalvorschrift für Eingehung von Rechtsgeschäften gegeben ist.

Civilprozeß.

17.

Gebühr nach Art. 1 Nr. 12 des Reichsgesetzes vom 29. Juni 1881 bei Rücknahme der Klage nach anberaumtem Verhandlungstermin.*)

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 21. Decbr. 1882 no. 318. I. C. 1882.

In Sachen Alwiren verehel. L., Klägerin, gegen Louis H., Beklagten, wird die Beschwerde, welche die Klägerin gegen die nach Bl. der Acten Cu. II. 82/82 von der zweiten Civilkammer des Landgerichts zu L. erfolgte Ablehnung ihres Gesuchs um Rückgewährung des innebehaltenen Zehntheils ihres im Uebrigen an sie bereits verabfolgten Kostenvorschusses Bl. eingelegt hat, als unbegründet zurückgewiesen.

Da die Rücknahme der Klage Seiten der Klägerin bewirkt worden ist, noch ehe eine andere Thätigkeit des Prozeßgerichts, als die Anberaumung eines Verhandlungstermins, stattgefunden hatte, für diese aber nach § 47 Nr. 1 des Gerichtskostengesetzes Gebühren nicht

*) Zu vergl. diese Annalen Bd. III. S. 539.

erhoben werden sollen, so ist schon hiernach die Voraussetzung vorhanden, unter welcher nach Art. 1 Nr. 12 des Reichsgesetzes vom 29. Juni 1881 die Erhebung eines Zehntheils der für die beantragte Entscheidung bestimmten Gebühr im Fall der Rücknahme der Klage zulässig ist. Die Zulässigkeit der Erhebung der fraglichen Gebühr im vorliegenden Fall ist aber um so weniger zu bestreiten, als dieselbe nach § 46 Abs. 2 des Gerichtskostengesetzes nicht erhoben werden soll, wenn ein zur Terminsbestimmung eingereichter Schriftsatz vor Bestimmung des Termins zurückgezogen ist, und dadurch die Zulässigkeit ihrer Erhebung in dem entgegengesetzten Fall noch besonders bestätigt wird.

18.

Aussetzung der Verhandlung im Urkundenprozesse nach § 139 der CPO. nicht statthaft, wenn der dem Anspruche des Klägers präjudicirende Einwand des Beklagten von demselben mittels besonderer Klage geltend gemacht, mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln aber nicht nachweisbar ist; §§ 558, 561, 563 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 21. December 1882 no. 322 I. C. 1882.

In Sachen des Gastwirths H. in D., Klägers, gegen den Gastwirth R. in D., Beklagten, wird die sofortige Beschwerde, welche der Beklagte gegen den sein Gesuch um Aussetzung der Verhandlung bis zur Entscheidung des Rechtsstreits über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses ablehnenden Beschluß der ersten Civilkammer des Landgerichts zu B. Bl. der Acten Cu. 77/82 eingelegt hat, als unbegründet zurückgewiesen.

An sich ist zwar zweifellos, daß die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits von der Beantwortung der Frage, ob der von den Parteien abgeschlossene Kaufvertrag, aus welchem der Kläger den Anspruch auf Zahlung eines Theils des Kaufpreises gegen den Beklagten abgeleitet hat, aufrecht zu halten sei oder nicht, abhängig und mithin für dieselbe der Ausgang des zwischen den Parteien in umgekehrten Parteirollen bei dem nämlichen Prozeßgericht schwebenden Rechtsstreits präjudiziell ist, in welchem der jetzige Beklagte auf

Aufhebung des erwähnten Kaufvertrags Klage erhoben hat. Demnächst würde zwar der Umstand, daß in dem vorliegenden Rechtsstreit bereits ein den Beklagten unter Vorbehalt seiner Rechte verurtheilendes Erkenntniß verkündet worden ist, der Beachtung der Beschwerde nicht schlechthin entgegenstehen, da nach den die Aussetzung des Verfahrens betreffenden Vorschriften des § 226 der CPO., welche nicht blos bei Aussetzung des Verfahrens in den § 223, 224 gedachten Fällen, sondern bei jeder Aussetzung, deshalb auch bei der in § 139 erwähnten, Anwendung zu leiden haben (vergl. die Commentare von Wilmowski und Levy, 2. Aufl. S. 277, Seuffert zu § 226 not. 3), in dem vorliegenden Falle mit einer bezüglichen Anordnung der Lauf der Berufungsfrist aufhören würde. Allein der Beachtung des Antrags steht der Umstand entgegen, daß der Kläger im Urkundenprozesse Klage erhoben hat. In diesem sind, so lange nicht das in § 563 der CPO. erwähnte ordentliche Verfahren begonnen hat, nach § 558 der CPO. Widerklagen nicht statthaft und nach § 561 Einwendungen des Beklagten, deren Beweis nicht mit den im Urkundenprozesse zulässigen Beweismitteln (§ 558 Abs. 2) angetreten oder mit solchen nicht vollständig geführt ist, als unstatthaft zurückzuweisen. Diese auf Gewährung schleuniger Rechtshülfe für den Kläger im Urkundenprozesse gerichteten Vorschriften würden umgangen werden, wenn es dem Beklagten in dieser Prozeßart gestattet würde, auf dem in § 139 angegebenen Wege die Aussetzung des Verfahrens zu veranlassen, weil er zur Durchführung eines dem klagbar gemachten Anspruch des Klägers präjudizirenden, aber im Urkundenprozesse mit den zulässigen Beweismitteln nicht nachweisbaren Einwands besondere Klage erhoben hat.

Nekrolog
Ernst Friedrich Chnick's.

Am 14. Februar 1883 verstarb der Oberlandes-Gerichtsrath Ernst Friedrich Chnick. Nicht nur seine nähern Freunde, sondern auch den weiteren Kreis seiner Amts- und Berufsgenossen überhaupt, hat sein Hingang auf das schmerzlichste berührt. Sein offenes, biederes Wesen, die Lauterkeit seines Charakters und sein allezeit freundliches Entgegenkommen hatte ihm die aufrichtige Zuneigung Aller, die mit ihm zu verkehren hatten, gewonnen. — Die Tüchtigkeit seiner Leistungen in wissenschaftlicher Hinsicht und bei der praktischen Ausübung seines Berufes wird am besten erkennbar aus der folgenden Skizze seines Lebensganges und seiner schnellen amtlichen Laufbahn. — Geboren am 21. December 1837 zu Dresden (Sohn eines höheren Verwaltungsbeamten) erhielt er seine Gymnasialbildung auf der Landesschule zu Meißen, bezog von da im J. 1858 die Universität Leipzig, bestand die dortige akademische Prüfung bereits am 5. März 1861, arbeitete hierauf bis zum J. 1863 nach einander bei den damaligen Gerichtsämtern Königstein, Chemnitz und Döhlen als Accessist, ward dann am 1. April 1863 als Actuar beim Ger.-Amte Chemnitz, später, in gleicher Eigenschaft, beim damaligen Bez.-Gerichte Dresden angestellt. — Nach bestandener Richterprüfung wurde ihm am 1. Mai 1873 das Amt eines Gerichts-Raths beim Bez.-Gerichte Dresden übertragen. Schon vom 1. April 1875 an ward er als Hülfsarbeiter bei dem

damaligen K. Appell.-Gerichte zu Dresden verwendet und rückte am 1. August 1876 als Rath bei diesem Gerichtshofe ein, bis er am 1. October 1879 dem neu errichteten K. S. Oberlandes-Gerichte als Rath zugetheilt wurde. Mit unermüdlichem Fleiße und vollster Hingebung hat er hier seines Amtes gewartet, bis ihm die Feder entsank. — Ein Gehirnleiden, in seinen Anfängen vielleicht längere Zeit zurück reichend, trat plötzlich so energisch hervor, daß es ihn in wenigen Wochen dahin raffte. — Der Tod vereinigte ihn wieder mit seiner heiß geliebten Gattin, welche ihm am 22. März 1879, noch im ersten Ehejahre, entrissen worden war. — Eine große Zahl Leidtragender ruft am Grabe dieses schwer geprüften Freundes und Berufsgenossen: „Friede sei mit ihm — sein Andenken bleibt in Ehren!"

Präjudizien.

Strafprozeßrecht.

10.

Ueber die Befugniß der Polizeibehörden zum Erlaß polizeilicher Strafverfügungen wegen der in älteren, neben dem RStGB. in Kraft verbliebenen Landesstrafgesetzen bedrohten Zuwiderhandlungen.

Urtheil des OLG. vom 20. December 1882, no. 109 V. B.

Nach Bl. der Polizeiakten unter Rep. — hat die Polizeidirektion zu Dresden an die Vorstandsmitglieder des Central-Kranken- und Sterbe-Cassen-Vereins der Tischler und verwandter Berufsgenossen wegen Zuwiderhandlung gegen die Verordnung, das Tragen republikanischer Abzeichen ꝛc. betreffend, vom 14. Juli 1849 unter Festsetzung der verwirkten Strafe auf Geldstrafe von je 30 M. Strafverfügungen erlassen, gegen welche die Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung angetragen haben. Das hierauf eingeleitete gerichtliche Strafverfahren hat den Ausgang genommen, daß das Schöffengericht, weil im vorliegenden Falle die Polizeibehörde zum Erlaß einer Strafverfügung nicht befugt gewesen sei, die erlassenen Strafverfügungen gemäß § 458 der StPO. durch Urtheil aufgehoben hat, ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Die hiergegen von der Staatsanwaltschaft eingelegte Berufung hat das Landgericht Dresden, Strafkammer, mittels Urtheils vom 20. October 1882 verworfen. Die übereinstimmende Ansicht der Vorinstanzen, daß die Polizeidirection zu Dresden zum Erlasse obiger Strafverfügungen

nicht befugt gewesen sei, gründet sich darauf, daß nach § 453 der StPO. verbunden mit § 1 des Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betr., vom 8. März 1879 die Befugniß der Polizeibehörden zum Erlaß von Strafverfügungen sich nur auf Uebertretungen erstrecke, Zuwiderhandlungen gegen die obangezogene Verordnung vom 12. Juli 1849 aber nicht für Uebertretungen, sondern für Vergehen zu achten, weil sie mit „Gefängniß" bedroht seien. Gegen das Berufungsurtheil hat nach Bl. der laufenden Acten die Staatsanwaltschaft Revision um deswillen eingelegt, weil die Polizeidirection zu Dresden zum Erlasse der obgedachten Strafverfügungen als incompetent bezeichnet und nicht, wie beantragt worden, der erstinstanzliche Bescheid unter Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht aufgehoben worden sei. Die Staatsanwaltschaft beantragt Aufhebung des Berufungsurtheils und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Dabei wird zur Begründung des Rechtsmittels bemerkt: die Revision richte sich nicht gegen das Verfahren, sondern gehe weiter; sie sei wegen Verletzung des materiellen Rechts erhoben worden, indem unrichtige Beurtheilung der Competenzverhältnisse in das materielle Recht eingreife. Obwohl es nun den Anschein gewinnen könnte, daß mittels der gedachten Revision nur Verletzung der als Rechtsnormen über das Verfahren sich darstellenden Vorschriften in § 453 Abs. 2 und § 458 der StPO. gerügt werde, welchenfalls der Zulässigkeit des Rechtsmittels die Bestimmung in § 380 der StPO. entgegen stehen würde, so ist doch die Anwendung jener Vorschriften im vorliegenden Falle eine Folge der Ansicht, daß die den Beschuldigten beigemessene Zuwiderhandlung nicht als Uebertretung, sondern als Vergehen sich characterisire. Indem die Revision die Richtigkeit dieses Vordersatzes bestreitet, ergreift sie auch das materielle Recht. Denn die Frage, ob eine strafbare Handlung als Vergehen oder als Uebertretung anzusehen sei, beantwortet sich nach § 1 des RStGBs., während die Frage, ob die unter Strafverfolgung stehende Zuwiderhandlung in Gemäßheit dieser Vorschrift als Vergehen oder als Uebertretung zu betrachten sei, zugleich von Auslegung der Strafandrohungen der mehrangezogenen Verordnung vom 14. Juli 1849 sowie einer Mehrzahl anderer reichs- und landesgesetzlicher Bestimmungen abhängt.

Insofern demnach das Urtheil der Berufungsinstanz auch wegen Verletzung materieller Rechtsnormen angefochten wird, war die eingelegte Revision für zulässig zu erachten.

Dagegen konnte in der Sache selbst den Revisionsanträgen, wenn schon den Gründen der Vorinstanzen in wesentlichen Punkten nicht beizupflichten ist, nicht entsprochen werden.

Die Befugniß der Polizeibehörden zum Erlaß polizeilicher Strafverfügungen erstreckt sich nach § 453 der StPO. verbunden mit § 1 des königl. sächs. Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betr., vom 8. März 1879 und § 1 der Ausführungsverordnung zu diesem Gesetze vom 15. September 1879 nur auf Uebertretungen und unterliegt überdieß noch der in § 453 Abs. 2 der StPO. bezeichneten Beschränkung. Der Begriff der Uebertretung bestimmt sich aus § 1 Abs. 3 des RStGB.'s. Hiernach ist eine Uebertretung: eine mit **Haft** oder mit **Geldstrafe bis zu Ein Hundert und fünfzig Mark** bedrohte Handlung. Der Höchstbetrag der Haft ist nach § 18 Abs. 1 des RStGB.'s: sechs Wochen. Für den Begriff der Uebertretung ist lediglich der Höchstbetrag der im Gesetze angedrohten Strafe (Strafe in thesi), nicht die im gegebenen Falle nach den Grundsätzen der Strafabmessung festzusetzende Strafe (Strafe in hypothesi) entscheidend. Im Uebrigen umfaßt zwar die in § 1 des RStGB.'s aufgestellte Dreitheilung der strafbaren Handlungen das gesammte Strafrecht und bezieht sich nicht blos auf die im RStGB. selbst, sondern auch auf die in anderen Reichsgesetzen, mögen dieselben neben oder nach dem RStGB. erlassen worden oder nach § 2 des Einführungsgesetzes zu letzterem in Kraft verblieben sein, sowie in den nach Maßgabe de zuletzt angezogenen Gesetzesstelle vorbehaltenen und späteren Landesgesetzen, insoweit den einzelnen Bundesstaaten nach § 2 des Einführungsgesetzes zum RStGB. in Materien, welche nicht Gegenstand des StGB.'s für das deutsche Reich sind, mit den aus § 5 desselben Gesetzes sich ergebenden Beschränkungen das Recht der Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts verblieben ist, mit Strafe bedrohten Handlungen. Allein die Merkmale jener Dreitheilung erleiden, insoweit davon außerhalb des RStGB.'s liegende Strafandrohungen betroffen werden, unmittelbare Anwendung nur auf

solche, welche in gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des RStGB.'s oder nach diesem Zeitpunkte erlassenen Reichs- oder Landesgesetzen aufgestellt worden sind, so daß es für die Qualificirung der von solchen Strafandrohungen betroffenen Handlungen als Uebertretungen oder Vergehen, soweit Freiheitsstrafe in Betracht kommt, lediglich auf den Wortlaut der Strafandrohung und darauf ankommt, ob dieselbe auf „Haft" oder: „Gefängniß" gerichtet ist. Dagegen entscheidet § 1 des RStGB.'s nicht die Frage, ob und inwieweit die in älteren, nach § 2 des Einführungsgesetzes in Kraft verbliebenen Landesgesetzen bedrohten Zuwiderhandlungen, wenn sie von einer Landesgesetzgebung, welche, wie die königl. sächsische, den Unterschied zwischen Haft und Gefängniß bis dahin nicht kannte, mit: „Gefängniß" bedroht waren, für Vergehen oder Uebertretungen zu achten seien. Vielmehr fällt die Entscheidung dieser Frage zunächst unter den in § 8 des Einführungsgesetzes zum RStGB. gestellten Vorbehalt, wonach der Landesgesetzgebung unbenommen ist, Uebergangsbestimmungen zu treffen, um die in Kraft verbleibenden Landesgesetze mit den Vorschriften des RStGB.'s in Uebereinstimmung zu bringen. Man könnte nun meinen, daß die erwähnte Frage für das Königreich Sachsen bereits entschieden sei in § 45 der provisorischen Verordnung, die Ausführung des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 betreffend, vom 10. December 1870 und in § 41 des Gesetzes, die Ausführung des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich vom 15. Mai 1871 betreffend, vom 15. April 1873, insofern daselbst gleichlautend vorgeschrieben wird: „Ebenso ist die Gefängnißstrafe in beiden Gesetzbüchern für gleich zu achten." Allein diese Bestimmung hat nach Wortlaut und Zweck nur eine beschränkte Tragweite. Denn sie bezieht sich, wie aus den Worten: „in beiden Gesetzbüchern" hervorgeht, — als worunter nach dem Zusammenhange mit dem Vorhergehenden das revidirte Strafgesetzbuch vom 1. October 1868 und das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich zu verstehen sind, — nur auf die im königl. sächs. revidirten Strafgesetzbuche selbst angedrohte Gefängnißstrafe und spricht sich über die Bedeutnng der in anderen älteren Landesgesetzen enthaltenen Androhungen von Gefängnißstrafe überhaupt nicht aus. Höchstens kann die erwähnte Vorschrift noch

auf die in dem Gesetze, die Beschädigung von Eisenbahnen nnd Telegraphen, sowie einige damit zusammenhängende Vergehen betreffend, vom 11. August 1855 und in dem Gesetze, die Forst-Feld-, Garten-, Wild- und Fischdiebstähle, sowie einige damit zusammenhängende Vergehen betreffend, vom 11. August 1855 angedrohten Gefängnißstrafen bezogen werden, wenn man davon ausgeht, daß diese Gesetze, als wofür namentlich die gemeinschaftlichen Publicationsverordnungen vom 13. August 1855 und vom 1. October 1868 und deren Ueberschriften sprechen, als integrirende Bestandtheile der sächsischen Strafgesetzbücher von den Jahren 1855 und 1868 betrachtet wurden. Hiernächst verfolgte aber auch die in Rede stehende Vorschrift, wie aus den, dem § 41 des Gesetzes vom 15. April 1873 vorausgehenden und nachfolgenden Bestimmungen in §§ 40 und 42 sich ergiebt, nur den Zweck, die Ausführung der Bestimmung in § 2 Abs. 2 des RStGB.'s und die hiernach erforderliche Strafenvergleichung zu ermöglichen. Es kann daher aus der mehrerwähnten Vorschrift nicht gefolgert werden, daß dadurch die Gefängnißstrafe des älteren Landesstrafrechts ganz im Allgemeinen und namentlich auch soweit sie in den nach § 2 des Einführungsgesetzes zum RStGB. neben dem letzteren in Kraft verbliebenen älteren Landesstrafgesetzen angedroht ist, der Gefängnißstrafe des RStGB.'s gleichgestellt worden sei.

Insoweit ferner von dem Geltungsverhältnisse zwischen der Gefängnißstrafe des älteren Landesstrafrechts und der Gefängnißstrafe des Reichsstrafrechts auch die Strafgerichtsbarkeit der Verwaltungsbehörden in den ihr durch § 13 des Gesetzes unter A über Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden vom 28. Januar 1835 und beziehentlich § 4 des Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betreffend, vom 22. April 1873 gezogenen Grenzen berührt wurde, ist in § 4 der Verordnung des Ministerium des Innern, den Einfluß des Bundesstrafgesetzbuchs auf Polizeistrafsachen betreffend, vom 14. December 1870 dahin Bestimmung getroffen worden, daß in den zur Zuständigkeit der Polizeibehörden gehörigen Strafsachen, wenn in der zur Anwendung gelangenden älteren Strafbestimmung Gefängnißstrafe angedroht ist, statt deren vielmehr auf „Haft" zu erkennen sei, sobald die erkannte Strafe die Dauer von sechs Wochen nicht übersteige, wogegen, wenn

auf eine Freiheitsstrafe von längerer Dauer erkannt werde, auf „Gefängniß" zu erkennen sei. Dieser Bestimmung konnte jedoch auf die Einreihung der in älteren, neben dem RStGB. in Kraft verbliebenen Landesgesetzen mit Strafe bedrohten Handlungen in die Dreitheilung des RStGB.'s, bei welcher es übrigens, wie bemerkt, nicht auf die erkannte, sondern auf die angedrohte Strafe ankommt, ein maßgebender Einfluß nicht beigelegt werden, weil die angezogene Verordnung überhaupt, als eine nur an die, dem Ressort des Ministerium des Innern unterstehenden Behörden erlassene Anweisung, für die Justizbehörden niemals bindend gewesen ist. Die nurerwähnte Bestimmung ist aber auch, obwohl es hiernach aus dem Standpunkte der Justizbehörden einer Aufhebung derselben nicht einmal bedurft hätte, in § 1 Abs. 2 der unter Mitwirkung des Justizministeriums erlassenen Verordnung zur Ausführung des Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betreffend, vom 8. März 1879, vom 15. September 1879 für erledigt erklärt und dadurch aufgehoben worden.

Könnte man hiernächst annehmen, daß bei der in § 1 Abs. 2 der nurangezogenen Ausführungsverordnung zum Zweck der Abgrenzung der Zuständigkeit der Polizeibehörden zum Erlaß von Strafverfügungen aufgestellten Definition von Uebertretungen als „solcher Handlungen, welche in Gesetzen oder Verordnungen mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu 150 Mark bedroht sind," — wozu der Wortlaut dieser Definition wohl Veranlassung geben kann, — die in älteren Landesstrafgesetzen und Polizeiverordnungen enthaltenen Strafandrohungen mit ins Auge gefaßt worden seien, so würden hierdurch alle in älteren Landesgesetzen und Polizeiverordnungen mit Gefängniß bedrohten Zuwiderhandlungen von der Behandlung mittels polizeilicher Strafverfügung ohne Weiteres für ausgeschlossen zu achten sein. Man trägt indessen Bedenken, diesen Sinn der nurgedachten Bestimmung beizulegen, da dieselbe wohl nur auf die seit Einführung der Haftstrafe erlassenen Gesetze und Verordnungen hat bezogen werden sollen.

In einer in

Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung III. Bandes 7. Heft S. 294 flg.

mitgetheilten Verordnung vom 15. Juni 1882 hat das Ministerium des Innern unter Bezugnahme auf das Einverständniß des Justizministeriums die Ansicht ausgesprochen, daß die Polizeibehörden zum Erlaß von Strafverfügungen mit der in § 453 Abs. 2 der StPO. bestimmten Einschränkung auch wegen solcher Zuwiderhandlungen befugt seien, welche in älteren, hinter dem Reichs-StGB. zurückliegenden landesrechtlichen Strafnormen mit Gefängniß im Höchstbetrage von sechs Wochen bedroht sind.

Ohne den Motiven dieser Verordnung allenthalben beipflichten zu können, ist das Oberlandesgericht bei Prüfung der einschlägigen Fragen zu einem annähernd gleichen Ergebnisse gelangt und hierbei von folgenden Erwägungen geleitet worden.

Im Allgemeinen kann die Frage, unter welche der in § 1 des Reichs-StGB's. bezeichneten Gattungen strafbarer Handlungen eine in älteren, durch das Reichs-StGB. nicht aufgehobenen Landesgesetzen mit Strafe bedrohte Handlung falle, wo die Landesgesetzgebung nach dieser Richtung von dem ihr nach § 8 des Einführungsgesetzes zum Reichs-StGB. zustehenden Vorbehalte keinen Gebrauch gemacht, sondern die Lösung obiger Frage der Gesetzesauslegung durch den Richter überlassen hat, nur durch eine Vergleichung der in solchen älteren Landesgesetzen angedrohten Strafen mit den Strafarten und den über die Vollstreckung derselben geltenden Grundsätzen des Reichsstrafrechts sowie mit der nach § 1 des Reichs-StGB'.s für die Einordnung einer strafbaren Handlung in die daselbst eingeführte Dreitheilung maßgebenden Höhe und Dauer der Strafe gelöst werden. Bei obwaltender Verschiedenheit des Characters der Strafarten des älteren Landesstrafrechts und des Reichsstrafrechts kann es aber nicht auf die gleichartige Bezeichnung, die Gleichheit des Namens der Strafen ankommen, da der in § 1 des Reichs-StGB'.s für die Dreitheilung gegebene Maßstab, soweit er in der Androhung der Strafarten besteht, nur in den durch das Reichs-StGB. eingeführten Arten der öffentlichen Strafen und ihren Merkmalen zu suchen ist. Insbesondere kann daher, soviel das Königreich Sachsen anlangt, nicht ohne Weiteres angenommen werden, daß eine jede in älteren landesrechtlichen Strafnormen mit „Gefängniß" bedrohte Zuwiderhandlung, ganz abgesehen von der Dauer der angedrohten

Strafe, für ein „Vergehen" im Sinne von § 1 des Reichs-StGB.'s zu achten sei. Eine solche, an dem Namen hangende Gesetzesauslegung würde zu äußerst unpractischen Consequenzen führen und namentlich das Verwaltungsstrafverfahren bei einer Mehrzahl geringfügiger, in älteren Landespolizeigesetzen mit kurzen Gefängnißstrafen bedrohten Zuwiderhandlungen ausschließen, welche sich ihrer Natur nach ganz vorzugsweise für die polizeiliche Ahndung eignen. So würde beispielsweise bei Befolgung jener Auslegung ein Dienstbote, welcher den Antritt des Dienstes verweigert, und deshalb nach § 23 der Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 „Gefängnißstrafe, welche jedoch nicht über acht Tage auszudehnen ist," verwirkt hat, unter allen Umständen vor das Schöffengericht zu stellen sein. Es kann ferner auch für die Unterstellung einer nach älterem, jedoch fortbestehendem Landesstrafrecht strafbaren Handlung unter den Begriff des Vergehens oder der Uebertretung Nichts darauf ankommen, ob die betreffende Handlung in einem Polizeigesetze oder in einem anderen Landesgesetze angedroht ist, da das Reichs-StGB. bei Aufnahme der Uebertretungen einen generischen Unterschied zwischen der Verletzung von criminalrechtlichen, und der von polizeistrafrechtlichen Vorschriften nicht gemacht hat. Vgl.

Anhang I zu den Motiven zum StGB. S. 157.

Vielmehr wird man bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage auf das Wesen der in Vergleich zu stellenden Strafen, und insbesondere bei der zu diesem Zweck vorzunehmenden Vergleichung der Freiheitsstrafen des älteren Landesstrafrechts und des Reichsstrafrechts, theils auf den Character, theils auf die im einzelnen Falle angedrohte Dauer der zu vergleichenden Freiheitsstrafen das Absehen zu richten haben. Mit diesem Grundsatze stimmen überein

Oppenhoff, StGB., Bem. 3 zu § 8 des Einführungsgesetzes, ed. 8 S. 16,

Olshausen, Commentar zum deutschen StGB. Bem. 9 zu § 1 S. 40 und die in

Stengleins Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland, N. F. 3. Bd. S. 147.

mitgetheilte Entscheidung des vormaligen Gesammt-Oberappellationsgerichts zu Jena.

Der wesentliche Unterschied zwischen Gefängniß und Haft im Sinne des Reichs-StGB.'s besteht nach § 18 Abs. 2 verbunden mit § 16 Abs. 2 darin, daß Haft einfache Freiheitsentziehung, Gefängniß eine mit Arbeitspflicht des Detinirten verbundene Freiheitsstrafe ist. Dagegen war die Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Rechts nur bedingungsweise mit Arbeitszwang verbunden. Sie sollte sowohl nach Art. 11 des Criminalgesetzbuchs vom 30. März 1838 als nach den Art. 22 der Strafgesetzbücher vom 11. August 1855 und vom 1. October 1868 im Wesentlichen blos in Beraubung der Freiheit bestehen und ein Anhalten zur Arbeit dabei nur insoweit statt finden, als die Gefangenen nicht im Stande waren, die Untersuchungskosten und den Aufwand für ihren Unterhalt zu berichtigen. Vgl.

Weiß, Criminalgesetzbuch, Bem. 4 zu Art. 11 S. 90 ed. II,
Groß, Criminalgesetzbuch, 1. Abth. S. 108,
Krug, Commentar zum Strafgesetzbuche vom 11. August 1855, Bem. 3 zu Art. 11 1. Abth. S. 42 ed. II.

Hierbei bestand zwischen der von Justizbehörden und der von Verwaltungsbehörden erkannten Gefängnißstrafe kein Unterschied, wie namentlich daraus hervorgeht, daß nach § 4 des Gesetzes unter A über Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden vom 28. Januar 1835 auch wegen Vollstreckung der von Verwaltungsbehörden erkannten Gefängnißstrafen die Justizbehörden anzugehen waren, dafern Verwaltungsbehörden nicht selbst Gefängnisse hatten. Die Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Strafrechts konnte daher ihrem Character nach nicht ohne Weiteres der Gefängnißstrafe des Reichsstrafrechts gleich gestellt werden, sondern sie war milder, als diese. Dagegen kann der in der obangezogenen Verordnung des Ministerium des Innern ausgesprochenen Ansicht nicht beigepflichtet werden, daß die nicht in Landesanstalten, also die nach Art. 17 des Rev. StGB's. im Gerichtsgefängnisse zu verbüßende Gefängnißstrafe des früheren sächsischen Rechts ihrem Wesen nach der Haftstrafe des Reichs-StGB.'s entspreche. Vielmehr war die erstere in mehrfacher Hinsicht schwerer, als Haftstrafe. Zuvörderst kann der nach Obigem mit der Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Rechts verbundene, wenn auch nur

eventuelle Arbeitszwang nicht ohne Weiteres als ein für die Vergleichung unwesentlicher Umstand bei Seite gesetzt werden. Abgesehen ferner davon, daß die Gefängnißstrafe nach den im Rev. StGB. allerdings aufgehobenen Bestimmungen in Art. 18 und 24 des Strafgesetzbuchs vom 11. August 1855 in sehr empfindlicher Weise geschärft und unter Umständen in körperliche Züchtigung verwandelt werden konnte, war nach Art. 23 des Rev. StGB.'s deren Verwandelung in Handarbeitsstrafe zulässig und in Art. 17 unter den daselbst bezeichneten Voraussetzungen deren Aufziehung in Arbeitshausstrafe ohne Rücksicht auf die Dauer der angedrohten Gefängnißstrafe vorgeschrieben. Nicht minder ist aus der Vorschrift in Art. 29 des Rev. StGB.'s, wonach der Richter in Fällen, wo das Gesetz die Geldstrafe neben der Gefängnißstrafe oder statt derselben zuläßt, gegen Personen, welche in öffentlichen Aemtern stehen oder in städtischen oder ländlichen Gemeinden communale Ehrenämter bekleiden, in der Regel nur von der Geldstrafe Gebrauch machen sollte, zu entnehmen, daß die Gefängnißstrafe keineswegs des entehrenden Characters völlig entkleidet war. Daß übrigens bei anderer Gelegenheit die sächsische Staatsregierung selbst die im Gerichtsgefängnisse zu verbüßende Gefängnißstrafe des älteren Rechts nicht der Haftstrafe des Reichsstrafrechts gleich geachtet hat, ergiebt sich aus dem Gange, welchen die Landesgesetzgebung in Ansehung der Forst- und verwandten Vergehen genommen hat. Denn während in Betreff der in Art. 1 flg. des Gesetzes, die Forst-, Feld-, Garten- 2c. Diebstähle betreffend, vom 11. August 1855 bezeichneten Entwendungen, das Forststrafgesetz vom 30. April 1873 es bei der Strafandrohung von Gefängniß beließ, hat das nämliche Gesetz die in Art. 8, 9, 10 des ersteren Gesetzes erwähnten polizeilichen Vergehungen, welche sich auf Forst-, Feld- und Gartennutzung beziehen, soweit sie dort mit Gefängniß bedroht waren, in den Artikeln 7 bis 9 nur mit Haft bedroht und gleichwohl auch diese letzteren, sonach nur als Uebertretungen sich characterisirenden Delicte durch das Gesetz, das Verfahren in Forst- und Feldrügesachen betreffend, vom 10. März 1879 §§ 1 und 2 den Amtsgerichten zugewiesen.

Das Richtige ist daher, daß die Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Rechts nach ihrem Character als Strafübel zwischen der

Gefängnißstrafe und der Haftstrafe des Reichsstrafrechts in der Mitte steht. Sie ist nicht so schwer als die neue Gefängnißstrafe, aber jedenfalls schwerer, als Haftstrafe. Hieraus würde zunächst folgen, daß die Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Rechts, will man nicht zu gänzlicher Unvollstreckbarkeit eines nach älterem Landesrecht auf Gefängniß zu richtenden Urtheils gelangen, als Haftstrafe vollstreckt werden müsse. Da jedoch letztere nach Art. 18 des Reichs-StGB.'s die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigen darf, so besteht andererseits die Nothwendigkeit, eine Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Rechts von längerer Dauer als sechs Wochen als Gefängnißstrafe im Sinne des Reichs-StGB.'s zu vollstrecken. Hieraus ergiebt sich, daß die Gefängnißstrafe des älteren sächsischen Rechts nur soweit sie im Höchstbetrage in der Dauer von sechs Wochen angedroht ist, der Haftstrafe des Reichs-StGB.'s gleichsteht. Da die Qualificirung einer strafbaren Handlung als Uebertretung nach § 1 des Reichs-StGB.'s lediglich durch die Art und Höhe der angedrohten Strafe — Haft bis zu sechs Wochen oder Geldstrafe bis zu 150 M. — bestimmt wird: so werden demnach in die Klasse der Uebertretungen von den in älteren, vor dem Inkrafttreten des Reichs-StGB.'s erlassenen, jedoch neben diesem in Kraft verbliebenen Landesgesetzen unter Strafe gestellten Handlungen nur solche gerechnet werden können, welche ausschließlich mit Gefängniß bis zu höchstens sechs Wochen oder ausschließlich mit Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder auch alternativ oder cumulativ — vergleiche wegen der cumulativen Androhung weiter unten — in solcher Weise bedroht sind, wogegen jede höhere Androhung nach der einen oder anderen Seite den Begriff der Uebertretung ausschließt und die Eigenschaft der betreffenden Zuwiderhandlung als Vergehen begründet. In den angegebenen Grenzen der Uebertretung bewegt sich folgeweise auch die Befugniß der Polizeibehörden zum Erlasse von Strafverfügungen. Aus dem richterlichen Standpunkte wird sich freilich nur behaupten lassen, daß eine auf Grund einer Androhung des älteren Landesstrafrechts von höchstens sechs Wochen Gefängniß verwirkte Gefängnißstrafe als Haft zu vollstrecken sei. Es kann daher der gesetzlichen Strafandrohung gegenüber, welche nun einmal auf „Gefängniß" lautet, zwar nicht für statthaft erachtet

werden, in Fällen der obgedachten Art die Strafverfügungen und Urtheile ohne Weiteres auf: „Haft" zu richten. Um jedoch andererseits eine dem § 481 der StPO., beziehentlich dem § 3 des Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betreffend, vom 8. März 1879 entsprechende Unterlage für die Strafvollstreckung zu gewinnen, wird es sich empfehlen, in solchen Fällen den Strafverfügungen und beziehentlich Urtheilen eine Fassung zu geben, woraus erkennbar wird, daß es sich bei der ausgesprochenen Straffestsetzung um eine nach der Vorschrift in § 18 Abs. 2 des Reichs-StGB.'s zu vollstreckende Freiheitsstrafe handele. Hierzu würde sich beispielsweise der Gebrauch einer dahin lautenden Formel, daß wider A auf Grund des § ... eine, der Vorschrift des § 18 Abs. 2 des Reichs-StGB.'s entsprechend zu vollstreckende Freiheitsstrafe in der Dauer von .... festzusetzen, bez. zu erkennen sei, eignen. In solcher oder ähnlicher Weise in den in Rede stehenden Fällen den Character der auferlegten Freiheitsstrafe zu bezeichnen, dazu liegt um so mehr Veranlassung vor, als erst hierdurch erkennbar gemacht wird, ob ein Vergehen oder eine Uebertretung in Frage gestanden habe, wovon, abgesehen von der Befugniß der Polizeibehörde zum Erlaß einer Strafverfügung, auch die Beantwortung einer Mehrzahl anderer, theils processualer, theils materiell rechtlicher Fragen abhängt. Insbesondere wird durch den Umfang, in welchem man dergleichen Delicte des älteren Landesstrafrechts den Uebertretungen beizählt, beispielsweise die Grenze der sachlichen Zuständigkeit zwischen den Schöffengerichten und den Strafkammern der Landgerichte nach § 27 Ziffer 1 und § 73 Ziffer 1 des GVG. — die Dauer der Verjährung der Strafverfolgung nach § 67 Abs. 3 des Reichs-StGB.'s, — die Strafbarkeit der Beihülfe oder Begünstigung, welche beide Delictsformen, da §§ 49 und 257 des Reichs-StGB.'s sich nur auf Verbrechen und Vergehen beziehen, bei Uebertretungen straflos sind, — die Zulässigkeit einer (auf Uebertretungen nicht anwendbaren) Gesammtstrafe oder die Anwendung des in § 77 des Reichs-StGB.'s aufgestellten, bei Uebertretungen Platz ergreifenden Cumulationsprincips bedingt.

Gegen die Behandlung der in älteren vorbehaltenen sächsischen Landes-Polizeigesetzen bis zur Dauer von sechs Wochen angedrohten Gefängnißstrafe als „Haft" läßt sich auch nicht der Einwand er=

heben, daß hierdurch eine Verletzung des § 2 des Reichs-StGB.'s verhangen werde, wonach eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Denn an einer durch Gesetz festgestellten Strafandrohung fehlt es für die unter jene Strafandrohungen des älteren Landesrechts fallenden Handlungen keineswegs, sondern es handelt sich bei deren Ahndung mit der gesetzlich bestimmten Strafe nur um die Frage, welchen Einfluß späteren derogatorischen Gesetzen auf die Modalität der Vollstreckung der gesetzlich angedrohten Strafe beizulegen sei. Diese Frage kann im Wege der Gesetzesauslegung wohl beantwortet werden, und es läßt sich nicht behaupten, daß bei solchem Verfahren die zu verhängende Strafe selbst erst durch Gesetzesauslegung, nicht durch das Gesetz, bestimmt werde. Die Richtigkeit jenes Einwands tritt auch darin zu Tage, daß derselbe dazu nöthigen würde, die in älteren, vorbehaltenen sächsischen Landes-Polizeigesetzen mit Gefängniß bis zur Dauer von sechs Wochen bedrohten Zuwiderhandlungen nunmehr straflos zu lassen, weil, wenn schon eine solche Gefängnißstrafe der Haft des Reichs-StGB.'s gleich zu achten sei, doch die Landesgesetzgebung unterlassen habe, solches ausdrücklich in Gesetzesform auszusprechen.

Ueberblickt man nun, um sich die Tragweite dieses auf dem Wege der Gesetzesauslegung gewonnenen Ergebnisses zu vergegenwärtigen, die in älteren, auch nach dem Inkrafttreten des Reichs-StGB.'s in Geltung verbliebenen Landesgesetzen, namentlich polizeilicher Natur, enthaltenen Strafandrohungen, so begegnet man in dieser Beziehung einer großen Mannigfaltigkeit. Es giebt Fälle, in denen angedroht wird:

1) ausschließlich Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen, — vgl. z. B.

Generale, die Verarbeitung des reinen Bergzinns, auch Verzinnung der kupfernen und blechernen Geschirre betreffend, vom 31. Januar 1816 (Cod. Aug. 3. Forts. I. S. 512) §§ 2 und 7,

Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 §§ 23, 31, 112, —

2) wahlweise Geldstrafe bis zur Höhe von 50 Thlr. oder Gefängniß bis höchstens sechs Wochen — vergl. z. B.

Verordnung, die nach Vorschrift der Gesindeordnung über die Dienstboten zu führende polizeiliche Aufsicht betreffend, vom 10. Januar 1835, § 7,

Verordnung, die Waffen- und Munitionsvorräthe bei Privatpersonen betreffend, vom 11. April 1853 § 3,

Verordnung, den Transport von Pulver betreffend, vom 16. März 1856 § 3,

Verordnung, das Verbot der Anschaffung und des Besitzes von Kanonen betreffend, vom 28. Juli 1856 § 6,

Gesetz, die Ausübung der Thierheilkunde betreffend, vom 14. December 1858 § 18,

Gesetz, das wegen polizeilicher Beaufsichtigung der Baue zu beobachtende Verfahren betreffend, vom 6. Juli 1863 §§ 9, 10.

Gesetz, die Ausübung der Jagd betreffend, vom 1. December 1864, § 34,

Verordnung, den Einfluß der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund auf die Gesetzgebung über die Thierheilkunde betreffend, vom 29. September 1869 Punkt 11,

Gesetz, die Presse betreffend, vom 24. März 1870 Art. 16. —

Alle solche Fälle werden unbedenklich den Uebertretungen beigezählt werden können. In die Klasse der Uebertretungen wird man auch rechnen müssen

3) solche Fälle, in denen cumulativ Gefängniß bis zu sechs Wochen und Geldstrafe bis zu 50 Thlr. angedroht wird, — vgl. z. B.

Gesetz gegen die Theilnahme am Lotto und den Vertrieb auswärtiger Lotterieloose vom 4. December 1837 §§ 5, 7, 11, 12,

Verordnung, die Aufforderung auswärtiger Buch- und Kunsthandlungen zu Bestellungen auf ihre Verlagswerke mit eröffneter Aussicht auf zu verloosende Gewinne betreffend, vom 28. Mai 1836. —

Denn obwohl das Reichs-StGB. in § 1 bei Bestimmung des Begriffs der Uebertretung cumulative Androhungen von Haft und Geldstrafe bis zu 150 M. nicht im Auge gehabt haben mag, da nach

§ 360 flg. alle in das Reichs-StGB. aufgenommene Uebertretungen entweder ausschließlich mit Haft oder ausschließlich mit Geldstrafe bis zu 150 Mk. oder alternativ mit Haft oder Geldstrafe bis zu 150 M. bedroht sind, so läßt sich doch dem Worte: „oder“ im dritten Absatze von § 1 des Reichs-StGB.'s eine streng disjunctive Bedeutung nicht beilegen, wenn man erwägt, daß eine solche Bedeutung dem Worte: „oder“ im zweiten, die Definition des Vergehens enthaltenden Absatze offenbar nicht beiwohnt, da es Vergehensfälle giebt, in welchen Gefängnißstrafe und Geldstrafe von mehr als 150 M. cumulativ angedroht ist — vgl. z. B. § 263, 266 Abs. 2 des Reichs-StGB.'s —, und daß nicht angenommen werden kann, es sei das Wort: „oder“ im dritten Absatze in einem anderen Sinne gebraucht worden, als im zweiten. Es vermag daher Androhung von Haft in Verbindung mit Geldstrafe bis zu 150 M. einer in solcher Weise bedrohten Zuwiderhandlung den Charakter einer Uebertretung nicht zu entziehen und nicht die Eigenschaft eines Vergehens beizulegen. Indessen wird in solchen Fällen die Zulässigkeit eines polizeilichen Strafverfahrens als ausgeschlossen gelten müssen, weil nach § 453 Abs. 2 der StPO. in einer polizeilichen Strafverfügung nicht Haft und Geldstrafe neben einander, sondern neben Geldstrafe nur die für den Fall, daß die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, an die Stelle der letzteren tretende Haft verhängt werden darf.

Dagegen erscheint eine nicht geringe Anzahl anderer Zuwiderhandlungsfälle des älteren Landesstrafrechts, zumeist rein polizeilichen Charakters, von dem Gebiete der Uebertretungen ausgeschlossen und daher der Zuständigkeit der Polizeibehörden zum Erlasse von Strafverfügungen entzogen, weil angedroht ist:

4) ausschließlich „Gefängniß“ ohne Festsetzung eines Höchstbetrags, — vgl. z. B.

Generale, die Verarbeitung des reinen Bergzinns ꝛc. betreffend, vom 31. Januar 1816 §§ 5, 6,

Mandat, die Erlernung und Ausübung der Geburtshülfe in hiesigen Landen betreffend, vom 2. April 1818 § 9, —

5) ausschließlich „Geldstrafe“ ohne Festsetzung eines Höchstbetrages — vgl. z. B.

Mandat, den Verkauf von Arzneiwaaren betreffend, vom 30. September 1823 § 10, —

6) zwar ausschließlich Gefängniß, jedoch über sechs Wochen — vgl. z. B.

Gesetz, die Verhütung und Tilgung der Rinderpest ꝛc. betreffend, vom 30. April 1868 § 9b verbunden mit § 15, —

7) ausschließlich „Geldstrafe", jedoch über 50 Thlr. — vgl. z. B.

Mandat, den Uebertritt von einer christlichen Confession zur andern betreffend, vom 20. Februar 1827 § 9,

Gesetz, das wegen polizeilicher Beaufsichtigung der Baue zu beobachtende Verfahren betreffend, vom 6. Juli 1863 § 8,

Ausführungsverordnung dazu von dem nämlichen Tage § 46,

Verordnung, Leichentransport betreffend, vom 2. Januar 1867 § 7, —

8) cumulativ Gefängniß über sechs Wochen und Geldstrafe über 50 Thlr. — vgl. z. B.

Gesetz gegen die Theilnahme am Lotto und den Vertrieb auswärtiger Lotterieloose vom 4. December 1837 §§ 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 14, —

9) wahlweise Gefängniß über sechs Wochen oder Geldbuße bis zu 50 Thlr. — vgl. z. B.

Gesetz, die Ehen unter Personen evangelischen und katholischen Glaubensbekenntnisses ꝛc. betreffend, vom 1. November 1836 § 20,

Gesetz, das Vereins- und Versammlungsrecht betreffend, vom 22. November 1850 § 33 erste Strafnorm, —

10) wahlweise Gefängniß über sechs Wochen oder Geldstrafe über 50 Thlr. — vgl. z. B.

Gesetz, das Vereins- und Versammlungsrecht betreffend, vom 22. November 1850 § 33 zweite Strafnorm,

Regulativ, das Verfahren bei Versendung von Pulver betreffend, vom 16. März 1856 § 34,

Allgemeines Berggesetz vom 16. Juni 1868 § 177,

Verordnung, die Publication eines revidirten Strafgesetzbuchs ꝛc. betreffend, vom 1. October 1868 unter D XV.,

Verordnung, das Hebammenwesen betreffend, vom 1. März 1873 Punkt 3 (Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. 40. Band Seite 83), —

11) wahlweise Geldstrafe über 50 Thlr. oder verhältnißmäßige (entsprechende) Gefängnißstrafe, — vgl. z. B.

Verordnung, verbotenes Ausspielen betreffend, vom 15. Juli 1826 (Geldbuße von 20 bis 100 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

Regulativ über Baue von und in Privatpulvermühlen sowie über den Betrieb derselben vom 18. Juli 1855 — Gesetz- und Verordnungs-Blatt vom Jahre 1856 S. 423 — § 30 (Geldbuße bis zu 100 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

Verordnung, die Lagerung und Aufbewahrung von Mineralölen betreffend, vom 6. Juli 1867 § 17 (Geldstrafe von 2 bis 100 Thlr. oder entsprechende Gefängnißstrafe),

Verordnung, zur Ausführung des allgemeinen Berggesetzes vom 2. December 1868 § 65 (Geldstrafe bis zu 300 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe). —

Endlich kommen noch in älteren Landesgesetzen Fälle vor, in denen

12) Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder verhältnißmäßige, bez. entsprechende Gefängnißstrafe oder

13) Gefängnißstrafe nicht über sechs Wochen oder verhältnißmäßige Geldstrafe angedroht wird.

Ein Beispiel der letzteren Art bietet die

Verordnung, das Tragen republikanischer Abzeichen 2c. betreffend, vom 14. Juli 1849.

Beispiele der ersteren Art enthält

das Mandat wegen Einschränkung des Hundehaltens 2c. vom 2. April 1796 § 5 (acht Groschen Geldbuße oder verhältnißmäßiges Gefängniß),

die Gesindeordnung vom 10. Januar 1835 § 32 (Strafe von 20 Groschen bis zu 5 Thlr. oder verhältnißmäßiges Gefängniß),

die Verordnung, die nach Vorschrift der Gesindeordnung über die Dienstboten zu führende polizeiliche Aufsicht betreffend, vom 10. Januar 1835 §§ 6, 13, 27 (Geldstrafe von 20 Ngr.

bis 5 Thlr., von 20 Thlr., bis zu 10 Thlr. zu steigernde Geldstrafe oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

Verordnung, das Verbot der s. g. Percussionsstöcke oder Stockflinten betreffend, vom 30. November 1835 (20 Thlr. Geld- oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

§§ 134, 135 der Armenordnung vom 22. October 1840 (5 bis 20 Thlr. Geld- oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

§ 4 der Verordnung, die s. g. Schießbaumwolle betreffend, vom 10. December 1846 (Geldstrafe bis zu 20 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

§§ 1 und 10 der Verordnung, die gewerbmäßige Beförderung von Auswanderern betreffend, vom 3. Januar 1853 (Polizeistrafe bis zu 50 Thlr. oder verhältnißmäßiges Gefängniß, Strafe bis zu 20 Thaler oder verhältnißmäßiges Gefängniß),

§ 8 der Verordnung, die Beaufsichtigung der Leihbibliotheken 2c. betreffend, vom 8. März 1854 (Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder entsprechende Gefängnißstrafe),

Verordnung, die Anwendung arsenikhaltiger Getreidekörner zur Vertilgung der Mäuse betreffend, vom 19. Januar 1856 (Geldstrafe von 5 bis 50 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

Verordnung, die Anwendung des Strychnin und anderer giftiger Alkaloide zur Vertilgung der Raubthiere betreffend, vom 16. Januar 1857 (Geldbuße von 5 bis 50 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

Verordnung, das Verbot von mit Schweinfurter Grün gefärbten Kleiderstoffen und Putzwaaren betreffend, vom 22. März 1860 (bis zu 50 Thlr. ansteigende Geld- oder entsprechende Gefängnißstrafe),

Verordnung, das Verbot des Gebrauchs von Zink- und verzinkten Gefäßen zur Aufbewahrung von Milch 2c. betreffend, vom 22. März 1860 (Geldstrafe bis zu 10 Thlrn. oder entsprechende Gefängnißstrafe),

§ 18 der Verordnung, das Viehabdecken betreffend, vom 4. No-

vember 1861 (Geldbuße bis zu 50 Thlr. oder verhältnißmäßiges Gefängniß),

§ 5 der Verordnung, den Betrieb der Sandsteinbrüche rc. betreffend, vom 3. März 1863 (Geldstrafe bis zu 20 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

§ 23 des allgemeinen Berggesetzes vom 16. Juni 1868 (Geldstrafe von 2 bis 5 Thlrn. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe), §§ 75, 76 (Geldstrafe bis zu 10 Thlrn. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

Verordnung, das Verbot der mit arsenikhaltigen Farben gefärbten Rouleaux betreffend, vom 18. Juli 1868 (bis zu 50 Thlr. ansteigende, im Wiederholungsfalle zu verschärfende Geldstrafe oder entsprechende Gefängnißstrafe),

§ 25 der revidirten Verordnung über die Arbeitsbücher des gewerblichen Hülfspersonals vom 23. November 1868 (Geldstrafe bis zu 10 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe),

§§ 52, 145 der Verordnung zu Ausführung des allgemeinen Berggesetzes vom 2. December 1868 (Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe).

Dagegen enthält § 3 der Verordnung, das Verhalten der Schiffsführer in Schleppzügen auf der Elbe betreffend, vom 7. October 1870, wo Geldstrafen von 1 bis 20 Thlr. oder im Falle des Unvermögens verhältnißmäßige Gefängnißstrafe angedroht wird, überhaupt keine alternative Strafandrohung, sondern bestimmt nur, daß eine in erster Linie angedrohte Geldstrafe von bestimmter Höhe im Falle der Uneinbringlichkeit in Gefängniß verwandelt werden solle.

Anlangend nun die zuvor erwähnten Fälle, in welchen bald Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder verhältnißmäßige — bez. entsprechende — Gefängnißstrafe, bald Gefängnißstrafe bis zu 6 Wochen oder verhältnißmäßige Geldstrafe angedroht wird, so sind derartige alternative Strafandrohungen dem Reichs-StGB. völlig fremd, indem dasselbe, wo es alternativ Freiheitsstrafe oder Geldstrafe androht, stets den jedesmaligen Höchstbetrag beider Strafarten ausdrücklich festsetzt. Alternative Strafandrohungen der ersteren Art sind eine Eigenthümlichkeit des älteren sächsischen Rechts. Noch das Criminalgesetzbuch

vom 30. März 1838 kannte solche alternative Strafen und wenn schon es dieselben nur unter der Formel: Gefängnißstrafe bis zu einem bestimmten Höchstbetrage oder verhältnißmäßige Geldstrafe aufstellte — vgl. die Zusammenstellung in

Weiß's Commentar zum CrGB. zu Art. 15, 2. Aufl., S. 103 Bem. 3 unter II. —,

so bezog sich doch das in Art. 20 zwischen Geld- und Gefängnißstrafe dahin festgesetzte Geltungsverhältniß, daß 1 Tag Gefängniß einer Geldstrafe von acht Groschen bis zu einem Thaler gleich zu achten sei, auch auf solche Fälle, wo in anderen, neben dem CrGB. bestehenden Gesetzen und Verordnungen Geldstrafe von bestimmter Höhe alternativ mit verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe angedroht war. Das Strafgesetzbuch vom 11. August 1855 hat nun zwar die noch im Criminalgesetzbuche übliche Androhung von Gefängnißstrafe bis zu einem bestimmten Höchstbetrage oder verhältnißmäßiger Geldstrafe gänzlich aufgegeben und ebenso die, wie obige Zusammenstellung von Beispielen beweist, gleichwohl in zahlreichen später erlassenen Polizei-Gesetzen und Verordnungen in Anwendung gebrachte Formel: Geldstrafe von bestimmter Höhe oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe, vermieden, vielmehr, wo es Geld- und Gefängnißstrafe alternativ androht, jede mit einem selbständigen Maximum neben einander gestellt. Vgl.

Motive zu Art. 24, 25, 26 des Entwurfs zum Strafgesetzbuche vom 11. August 1855 S. 126 flg.

Auch sind die Vorschriften des Art. 20 des CrGB.'s in das nurerwähnte Strafgesetzbuch nicht übergegangen. Indessen enthält die Publicationsverordnung zum Strafgesetzbuche vom 13. August 1855 Vorschriften über die Anwendung und Bedeutung alternativer Strafen, von welchen die Fälle betroffen werden, wo in den nach § 3 vorbehaltenen Gesetzen und Verordnungen Geld- oder Gefängnißstrafe wahlweise angedroht ist. Im Anschlusse nämlich an die in § 3 unter Ziffer 7 getroffene Festsetzung, daß neben dem Strafgesetzbuche in Kraft verbleiben: die wegen polizeilicher Vergehungen bestehenden Strafbestimmungen, welche auch nach Punkt XIX. der Verordnung, die Publication des revidirten Strafgesetzbuchs vom 1. October 1868 betreffend, und in § 2 des Einführungsgesetzes

zum Reichs-StGB. aufrecht erhalten worden sind, wird in § 5 vorgeschrieben:

> Wo in den im § 3 vorbehaltenen Gesetzen und Verordnungen Geld- oder Gefängnißstrafe wahlweise angedroht ist, ist künftig unter Beobachtung der in Art. 27, 28 und 29 des Strafgesetzbuchs enthaltenen Bestimmungen stets nur auf eine dieser Strafarten ausschließlich und zwar, wenn dies Geldstrafe ist, unter Festsetzung des Betrags nach dem dabei besonders angegebenen Maßstabe, oder, wenn ein solcher nicht angegeben ist, nach dem in Art. 27 festgesetzten, zu erkennen.

Wie nun die Art. 27, 28 und 29 des StGB.'s vom 11. August 1855 in die entsprechenden Artikel des revidirten Strafgesetzbuchs vom 1. October 1868 unverändert übergegangen sind, so ist auch die obige Bestimmung des § 5 der Publicationsverordnung vom 13. August 1855 durch Punkt XIX. der Publicationsverordnung vom 1. October 1868 nicht aufgehoben worden. Ingleichen muß dieselbe dem Sinne nach auch auf die seit dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs vom 11. August 1855 bis zum Inkrafttreten des revidirten Strafgesetzbuchs vom 1. October 1868 und von da an bis zu dem am 1. Januar 1871 erfolgten Inkrafttreten des Reichs-StGB.'s erlassenen Landespolizeigesetze bezogen werden. Die erwähnte Vorschrift enthält aber, insoweit sie den Richter anweist, in welcher Maaße er in polizeilichen Straffällen von wahlweise angedrohter Geld- oder Gefängnißstrafe Gebrauch zu machen habe, und einen bei der Wahl zwischen diesen alternativ angedrohten Strafen zu befolgenden Maßstab, wo ein solcher nicht in der Strafrechtsnorm selbst ziffermäßig angegeben ist, durch Verweisung auf Art. 27 dahin festsetzt, daß ein Tag Gefängniß einem Geldbetrage von zehn Groschen bis zu fünf Thalern gleich zu achten sei, eine Specialbestimmung des Landesstrafrechts, welche auch noch gegenwärtig in Kraft besteht. Sie gehört nicht dem Strafverfahren an und kann daher nicht durch § 3 und 6 des Einführungsgesetzes zur StPO. für aufgehoben erachtet werden. Sie bezieht sich vielmehr, indem sie landesgesetzliche Strafnormen erläutert, auf das materielle Strafrecht und fällt unter den in § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichs-StGB. bestimmten Vorbehalt. Sie ist auch nicht deshalb als beseitigt anzusehen, weil sie auf Vorschriften

der sächsischen Landesstrafgesetzbücher Bezug nimmt. Denn zunächst kann sie ihrer Fassung nach auch als eine für sich bestehende Vorschrift insofern aufgefaßt werden, als durch Bezugnahme auf Art. 27 nur in kürzester Weise der arithmetische Maßstab bezeichnet wird, welcher bei der Wahl zwischen einseitig nicht begrenzter Geld- und Gefängnißstrafe zu Grunde gelegt werden soll. Wollte man aber annehmen, daß die fragliche Vorschrift nur im Zusammenhange mit dem Art. 27 des sächsischen StGB.'s bestehe, so kommt hierbei in Betracht, daß das revidirte Strafgesetzbuch vom 1. October 1868 nirgends förmlich aufgehoben, sondern nur in dem durch § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichs-StGB. bezeichneten Umfange außer Kraft getreten ist. Die in Art. 27 des ersteren Gesetzbuchs enthaltene Bestimmung über das Geltungsverhältniß zwischen Geld- und Gefängnißstrafe steht aber weder mit dem Reichs-StGB. in Widerspruch, indem sie hinter dem in § 27 des letzteren festgesetzten Mindestbetrage der Geldstrafe nicht zurückbleibt, noch betrifft sie eine Materie, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich ist. Denn das Reichs-StGB. enthält überhaupt keine allgemeine Vorschrift über das Geltungsverhältniß zwischen Geld- und Freiheitsstrafe. Der § 21 bezieht sich nur auf das Geltungsverhältniß zwischen verschiedenartigen Freiheitsstrafen, und das in § 29 festgesetzte Geltungsverhältniß zwischen Geldstrafe und Freiheitsstrafe betrifft nur den in § 28 vorgesehenen, von alternativer Androhung von Geld- und Gefängnißstrafe vollig verschiedenen Fall, daß eine nicht beizutreibende Geldstrafe in Freiheitsstrafe umzuwandeln ist. Ebendeshalb wird die fragliche Vorschrift auch von der Bestimmung in § 3 des Einführungsgesetzes zum Reichs-StGB., wonach, wenn in Landesgesetzen auf strafrechtliche Vorschriften, welche durch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich außer Kraft gesetzt sind, verwiesen wird, die entsprechenden Vorschriften des letzteren an die Stelle des ersteren treten, nicht betroffen. Selbst eine analoge Anwendung der Vorschrift des § 29 des Reichs-StGB.'s auf andere, als die in § 28 bezeichneten Fälle, in welchen das Geltungsverhältniß zwischen Geld- und Freiheitsstrafe in Frage kommt, und insbesondere auf die einseitig unbestimmten alternativen Androhungen von Geld- oder Gefängnißstrafe, wie sie in den vorbehaltenen sächsischen Polizei-Gesetzen

und Verordnungen vorkommen, erscheint ausgeschlossen, weil § 29 einen verschiedenen Maßstab festsetzt, je nachdem es sich um die Verwandelung einer wegen eines Verbrechens oder Vergehens, oder einer wegen einer Uebertretung erkannten Geldstrafe in Freiheitsstrafe handelt, und für die Beobachtung dieses Unterschieds die in den älteren vorbehaltenen sächsischen Polizei-Gesetzen und Verordnungen vorkommenden alternativen Androhungen von Geld- oder Gefängnißstrafe für sich allein und so lange unbekannt ist, welche Strafhöhe in dem unbestimmten Theile der Alternative begriffen ist, keinen Anhalt gewähren. Für die Anwendung des § 5 der sächsischen Publicationsverordnung vom 13. August 1855 auf solche Strafandrohungen zu dem Zwecke, um den Höchstbetrag der unbestimmt gelassenen Alternative der Strafandrohung zu ermitteln und hiernach den Charakter der betreffenden Zuwiderhandlung als Vergehen oder Uebertretung zu bestimmen, ist es nun von wesentlicher Bedeutung, in welchem Sinne in den bezüglichen Strafandrohungen das Wort: „verhältnißmäßig“, statt dessen hier und da auch der Ausdruck: „entsprechend“ gebraucht wird, zu verstehen sei. Man kann zuvörderst nicht annehmen, daß durch die Formel: fixirte Geldstrafe oder verhältnißmäßiges Gefängniß nur soviel habe angedeutet werden sollen, daß die Geldstrafe im Falle der Uneinbringlichkeit in Gefängniß zu verwandeln sei, da die Zulässigkeit einer solchen Umwandelung nach allgemeinen Grundsätzen (vgl. Art. 23 des CrGB.'s und Art. 28 der Strafgesetzbücher vom 11. August 1855 sowie vom 1. October 1868) von selbst sich verstand und daher der Hinweis auf verhältnißmäßige Gefängnißstrafe in dem vorstehend vorausgesetzten Sinne völlig überflüssig gewesen sein würde. Enthalten aber hiernach beide Formeln, sowohl: fixirte Gefängnißstrafe oder verhältnißmäßige Geldstrafe, als auch: fixirte Geldstrafe oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe in der That Androhungen alternativer Strafen, so könnte man vielleicht zuvörderst die Meinung aufstellen wollen,

a) daß für die Einreihung der in der angegebenen Weise bedrohten Zuwiderhandlungen in die Klasse der Vergehen oder Uebertretungen es nur auf den Betrag der in bestimmter Höhe oder Dauer innerhalb der Alternative an erster Stelle und vorzugsweise angedrohten Strafe ankomme und daher, wo in älteren Strafnormen ein

Höchstbetrag der Geldstrafe von 50 Thlrn. wahlweise mit verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe angedroht ist, nachdem das Reichs-Strafgesetzbuch in Kraft getreten, das betreffende Delict nur als Uebertretung anzusehen und demgemäß auch eine Dauer von sechs Wochen als Höchstbetrag der alternativ angedrohten verhältnißmäßigen Gefängnißstrafe zu betrachten sei, sowie umgekehrt ein Gleiches zu gelten habe bei angedrohter Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen in alternativer Verbindung mit unbestimmter Geldstrafe. Allein bei dieser, schon an sich etwas willkürlichen Auffassung würde § 5 der Publicationsverordnung vom 13. August 1855 ohne Berechtigung unbeachtet gelassen oder doch in einer durch den Wortlaut nicht gerechtfertigten Weise beschränkt werden, wenn man den angezogenen § 5 etwa nur auf solche Fälle beziehen wollte, wo die an erster Stelle angedrohte Geld- oder Gefängnißstrafe die Dauer von sechs Wochen, beziehentlich den Betrag von 50 Thlrn. übersteigt.

Hiernächst könnte man geneigt sein,

b) dem Worte: „verhältnißmäßig" oder: „entsprechend" die Deutung zu geben, daß dadurch die Höhe der mit diesem Beisatze bezeichneten Strafe ganz in das Ermessen des Richters gestellt und dasselbe lediglich durch die Umstände des vorliegenden Straffalles und insbesondere den Grad der Verschuldung habe geleitet werden sollen. Bei dieser Deutung würde zwar, insoweit Androhung verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe in Polizeigesetzen vorkommt, für die Gefängnißstrafe eine Grenze nach oben dadurch gegeben sein, daß Verwaltungsbehörden nach § 13 des Gesetzes A über Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden vom 28. Januar 1835 auf Gefängnißstrafe nur bis zur Höhe von acht Wochen erkennen durften, so daß Androhungen von Geldstrafe bis zu 50 Thlr. oder verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe im zweiten Theil der Alternative Androhung von Gefängnißstrafe bis zu acht Wochen enthalten und daher alle in solcher Weise bedrohte Zuwiderhandlungen aus dem Gebiete der Uebertretungen ausscheiden würden. Allein die Androhung verhältnißmäßiger Geldstrafe in alternativer Verbindung mit fixirter Gefängnißstrafe könnte in diesem Sinne nicht verstanden werden, da ein Höchstbetrag, bis zu welchem Geldstrafe zulässig ist, weder überhaupt, noch insbesondere bei Bestrafung polizeilicher Zuwiderhandlungen

besteht. Auf Androhungen der letzteren Art müßte daher § 5 der mehrangezogenen Publicationsverordnung vom 13. August 1855 in dem Sinne bezogen werden, daß mit dem Worte: „verhältnißmäßig“ auf das daselbst angegebene Geltungsverhältniß zwischen Geld- und Gefängnißstrafe hingewiesen werde. Solchenfalls würde aber dem Worte: „verhältnißmäßig“ eine verschiedene Bedeutung beigelegt werden, je nachdem damit das Maß der Gefängnißstrafe oder der Geldstrafe bezeichnet wird, während davon auszugehen ist, daß bei den in Frage stehenden alternativen Strafandrohungen das Wort: „verhältnißmäßig“, beziehentlich: „entsprechend“ überall in gleichem Sinne gebraucht worden sei.

Es ist daher

c) derjenigen Auslegung der Vorzug zu geben, wonach mit dem Worte: „verhältnißmäßig“ oder: „entsprechend“ ausgedrückt werden soll, daß die mit diesem Eigenschaftsworte bezeichnete Strafart ihrer Größe nach zu der daneben wahlweise in bestimmter Begrenzung angedrohten Strafart in einem gewissen Verhältnisse stehen müsse. Dieses Verhältniß kann aber kein anderes sein, als das allgemeine Geltungsverhältniß zwischen Gefängnißstrafe und Geldstrafe, welches in § 5 der Publicationsverordnung vom 13. August 1855 als Vergleichungsmaßstab für einseitig unbestimmte alternative Androhungen von Geld- und Gefängnißstrafe aufgestellt wird. Nach dem Wortlaute dieser Vorschrift könnte es zwar scheinen, als ob das in Art. 27 des Strafgesetzbuchs vom 11. August 1855 festgesetzte Geltungsverhältniß zwischen Geld- und Gefängnißstrafe nur auf Bemessung der verhältnißmäßigen Geldstrafe bezogen werden solle. Wenn jedoch die hauptsächliche Disposition des angezogenen § 5 dahin geht, daß, wo in den im § 3 vorbehaltenen Gesetzen und Verordnungen Geld- oder Gefängnißstrafe wahlweise angedroht sei, künftig nur auf eine dieser Strafarten ausschließlich zu erkennen sei, und zwar: „unter Beobachtung der in Art. 27, 28 und 29 des Strafgesetzbuchs enthaltenen Bestimmungen“, so werden hierdurch nicht blos die thatsächlichen Voraussetzungen bezeichnet, von welchen es nach Inhalt dieser Artikel abhängt, ob nur auf Gefängniß oder nur auf Geldstrafe zu erkennen ist, sondern es wird unter der Form jener Verweisung auf die angezogenen Artikel des Strafgesetzbuchs auch auf das in Art. 27 festgesetzte Geltungsverhältniß zwischen

Geld- und Gefängnißstrafe Bezug genommen, und zwar ohne Unterschied, ob verhältnißmäßige Geldstrafe neben bestimmter Gefängnißstrafe oder verhältnißmäßige Gefängnißstrafe neben bestimmter Geldstrafe angedroht sei, während die Anwendung jenes Geltungsverhältnisses auf Geldstrafe insbesondere der mit den Worten: „und zwar“ ꝛc. eingeleiteten Erläuterung nur deshalb bedurfte, weil in einigen Specialgesetzen, wie z. B. in § 17 des Gesetzes gegen die Theilnahme am Lotto und den Vertrieb auswärtiger Lotterieloose vom 4. December 1837, ein von dem Geltungsverhältnisse des Art. 27 des Strafgesetzbuchs abweichendes Geltungsverhältniß zwischen Geld- und Gefängnißstrafe festgesetzt war, bei welchem es, wo ein solches bestand, belassen werden sollte.

Ist aber nach alledem bei Anwendung derjenigen älteren landesrechtlichen Strafnormen, welche Geldstrafe von bestimmtem Betrage oder Gefängnißstrafe von bestimmter Dauer alternativ mit verhältnißmäßiger Gefängniß- oder verhältnißmäßiger Geldstrafe androhen, das Geltungsverhältniß von einem Tage Gefängniß gleich einer Geldstrafe von 1 bis 15 Mark zu Grunde zu legen, und ist ferner für den Begriff der Uebertretung lediglich der Höchstbetrag der angedrohten Strafe entscheidend, so müssen

1. alle solche Fälle, in welchen durch ältere, in Kraft verbliebene landespolizeiliche Strafnormen Geldstrafe unter oder bis zu 50 Thalern alternativ mit verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe angedroht ist, da die Möglichkeit vorliegt, bei Wahl der Gefängnißstrafe einen Tag gleich einer Mark zu rechnen und hiernach eine Gefängnißstrafe von sechs Wochen schon einem Geldbetrage von 14 Thalern zu substituiren, den Vergehen schon dann beigezählt werden, wenn der Höchstbetrag der angedrohten Geldstrafe die Summe von 14 Thalern = 42 Mk. übersteigt, und

2. solche Fälle, in denen Gefängnißstrafe bis zu sechs Wochen alternativ mit verhältnißmäßiger Geldstrafe angedroht wird, da die Möglichkeit vorliegt, bei Wahl der Geldstrafe einen Tag Gefängniß gleich fünfzehn Mark zu rechnen, und hiernach eine Geldstrafe von 150 Mk. einer Gefängnißstrafe von zehn Tagen zu substituiren, schon dann, wenn der Höchstbetrag der angedrohten Gefängnißstrafe die Dauer von zehn Tagen übersteigt.

Indessen ist in Fällen der ersteren Art, wie sich auch aus der Bestimmung in Art. 28 Abs. 2 des älteren und des revidirten Strafgesetzbuchs ergiebt, anzunehmen, daß die Androhung verhältnißmäßiger Gefängnißstrafe, insoweit sie in vorbehaltenen Landespolizeigesetzen vorkommt, in Folge der in § 13 Abs. 2 des Gesetzes A über Competenzverhältnisse zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden vom 28. Januar 1835 für die Zuständigkeit der Polizeibehörden gezogenen Grenze von acht Wochen Gefängniß diesen Höchstbetrag nicht übersteige, so daß alle derartige Straffälle, auch wenn sie sich zu Vergehen gestalten, nach § 27 Ziffer 2 des GVG. zur Zuständigkeit der Schöffengerichte gehören werden.

Dagegen wird in Fällen der zweiten Kategorie, insoweit Vergehensqualität anzunehmen ist, die Zuständigkeit der Strafkammern der Landgerichte erst dann eintreten, wenn nach Maßgabe des Höchstbetrags der angedrohten Gefängnißstrafe bei Wahl verhältnißmäßiger Geldstrafe und deren Berechnung nach dem Geltungsverhältnisse von fünfzehn Mark gleich einem Tage Gefängniß die Möglichkeit vorliegt, zu einer mehr als 600 M. betragenden Geldstrafe zu gelangen, was schon bei Androhung einer die Dauer von 40 Tagen übersteigenden Gefängnißstrafe eintreten kann.

Nach den vorstehend entwickelten Grundsätzen beantwortet sich auch die Frage, ob Zuwiderhandlungen gegen die Verordnung, das Tragen republikanischer Abzeichen rc. betreffend, vom 14. Juli 1849 in das Gebiet der Vergehen oder der Uebertretungen fallen. Dieselbe bedroht Contraventionen gegen das darin aufgestellte Verbot das erste Mal mit drei bis vierzehn Tagen, in Wiederholungsfällen mit sechs Tagen bis vier Wochen Gefängniß oder verhältnißmäßiger Geldstrafe. Die blose Bedrohung mit Gefängniß würde nach obiger Ausführung dergleichen Contraventionen zwar noch nicht zu Vergehen erheben, da der angedrohte Höchstbetrag die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt. Allein ihre strafrechtliche Qualification wird außerdem noch beeinflußt durch die mit der Androhung von Gefängniß in bestimmter Dauer verbundene Androhung verhältnißmäßiger Geldstrafe. Stand auch diese Straffanction zur Zeit ihres Erlasses noch unter der Vorschrift des Art. 21 des Criminalgesetzbuchs, wonach bei dem Erkennen auf alternative Strafen ein

Tag Gefängniß einer Geldstrafe von acht Groschen bis zu einem Thaler gleich zu achten war und daher seiner Zeit anstatt des angedrohten Höchstbetrags der Freiheitsstrafe von vier Wochen Gefängniß auf eine höhere Geldstrafe als von 28 Thalern nicht hätte erkannt werden können, so ist doch die erwähnte Strafbestimmung durch § 5 der Publicationsverordnung vom 13. August 1855 unter das Geltungsverhältniß des Art. 27 der sächsischen Strafgesetzbücher von 1855 und 1868 gestellt worden. Da aber hiernach bei der Wahl von Geldstrafe der Betrag von 150 M. schon dann überschritten werden **kann**, wenn dieselbe an Stelle der für erstmalige Zuwiderhandlung im Höchstbetrage von vierzehn Tagen angedrohten Gefängnißstrafe gesetzt wird, so sind alle Contraventionen gegen die gedachte Verordnung als **Vergehen** anzusehen und daher der Zuständigkeit der Polizeibehörden zum Erlasse von Strafverfügungen entzogen.

Obwohl demnach die der Anwendung des § 458 der StPO. zu Grunde liegende Auffassung der Berufungsinstanz, daß die angezeigte Zuwiderhandlung als Vergehen zu betrachten und daher die Polizeidirection zu Dresden zum Erlasse der Eingangs gedachten Strafverfügungen nicht befugt gewesen sei, insofern hierbei davon ausgegangen worden ist, daß jede in vorbehaltenen älteren Landespolizeigesetzen enthaltene Androhung von **Gefängniß** die also bedrohte Handlung ohne Weiteres zu einem Vergehen gestalte, auf rechtsirrthümlicher Unterlage beruht, so gelangt man doch bei Anwendung der in gegenwärtiger Instanz für maßgebend erachteten Grundsätze zu dem nämlichen Resultate. Da mithin die vorliegende Gesetzesverletzung auf den materiellen Inhalt der angefochtenen Entscheidung keinen Einfluß gewonnen hat, so konnte der eingewendeten Revision kein Erfolg beigelegt werden; vielmehr war dieselbe zu verwerfen.

Verwaltungsstrafsachen.

4.

Begriff des „Fabriketablissements" und der „Wohnung" im Sinne von § 4 des Gesetzes, die Sonn-, Fest- und Bußtagsfeier betr., vom 10. September 1870.

Urtheil des OLG.'s vom 13. Sept. 1882 no. 89 V. B.

Das angefochtene Urtheil stellt fest, daß der Angeklagte, welcher in R. das Kürschnereigewerbe betreibt, am Vormittag des 26. März d. J. während des Vormittagsgottesdienstes in dem auf seinem dasigen Grundstück gelegenen Werkstattgebäude ungefähr fünfzehn Personen — Männer und Frauen — mit dem Beizen und Trocknen von Fellen sowie mit dem Annähen abgerissener Felltheile beschäftigt habe. Die deshalb aus § 11 des Gesetzes, die Sonn-, Fest- und Bußtagsfeier betreffend, vom 10. September 1870 ausgesprochene Bestrafung des Angeklagten wegen Zuwiderhandlung gegen § 4 des nämlichen Gesetzes stützt sich auf die Annahme, theils daß das Etablissement des Angeklagten als ein Fabriketablissement zu betrachten, theils, wenn man die fraglichen Arbeiten als Wochenarbeiten im Bereiche des Gewerbebetriebs auffassen wolle, dieselben außerhalb der Wohnung des Angeklagten vorgenommen worden seien.

Die Revision des Angeklagten behauptet in beiden Beziehungen rechtsirrthümliche Gesetzesanwendung.

Dem Rechtsmittel konnte jedoch keine Folge gegeben werden.

Anlangend die erstere Annahme, so ist die Frage, ob ein Etablissement als Fabrik anzusehen sei, im Wesentlichen thatsächlicher Natur, und es muß daher in jedem einzelnen Falle der richterlichen Beurtheilung überlassen werden, welche Merkmale das in Frage stehende Etablissement als Fabrik kennzeichnen. Vgl. auch

Annalen des vorm. OAG.'s, 2. F. VI. Bd. S. 121.

Hat nun im vorliegenden Falle die vorige Instanz das entscheidende Merkmal für die Fabrikeigenschaft des gewerblichen Etablissements des Angeklagten darin gefunden, daß bei demselben eine große Anzahl Arbeiter gleichzeitig in einem geschlossenen Raume beschäftigt werde, so würde zwar diese Beurtheilung, gegen deren

Richtigkeit sich auch aus dem rein thatsächlichen Standpunkte Bedenken erheben lassen dürften, dann rechtlich unhaltbar sein, wenn die Strafkammer hierbei davon ausgegangen wäre, daß das obangezogene Gesetz in § 4 mit dem Ausdruck: „Fabriketablissement" für den Bereich seiner Anwendung einen ein für allemal bestimmten Begriff in dem Sinne verbunden habe, daß das einzige Begriffsmerkmal eines Fabriketablissements in der Größe der Arbeiterzahl und ihrer Beschäftigung in geschlossenen Räumen zu suchen sei. Diese Ansicht würde weder in dem Wortlaute des Gesetzes noch insbesondere in den zu ihrer Rechtfertigung von der vorigen Instanz angezogenen Motiven ausreichende Begründung finden. Das Gesetz hat überhaupt den Begriff eines Fabriketablissements nicht näher bestimmt, und die Motiven —

Landtagsmittheilungen 1869—70, I. Abth. 2. Bd. S. 89 — rechtfertigen theils nur das Verbot der Sonntagsarbeiten in den Fabriketablissements mit der Erwägung, daß in solchen Etablissements gewöhnlich eine große Anzahl Arbeiter gleichzeitig beschäftigt werde, theils enthalten sie die Bemerkung: „der Ausdruck: Fabriketablissement sei zu dem Zweck gebraucht worden, um damit diejenigen Fabrikanlagen zu bezeichnen, wo in geschlossenen Räumen gearbeitet werde." Die Frage, ob eine Fabrikanlage mit geschlossenen Räumen, worin gleichzeitig eine größere Anzahl von Arbeitern beschäftigt wird, eine Fabrikanlage sei, wird daher an der hervorgehobenen Stelle der Motiven gar nicht entschieden und bedarf in jedem Falle der selbständigen Beantwortung. Man hat indessen die vorigen Urtheilsgründe dahin auslegen zu müssen geglaubt, daß die Berufungskammer zu der Annahme: die Geschäftsanlage des Angeklagten sei ein Fabriketablissement, in der That auch im Wege selbständiger thatsächlicher Würdigung gelangt sei, und auf die von ihr allerdings mißverstandene Stelle der Motiven nur um deswillen hingewiesen habe, um darzulegen, daß sie in selbiger für ihre bereits feststehende Beurtheilung eine Bestätigung gefunden habe. So aufgefaßt, ist aber der in Rede stehende Ausspruch der vorigen Instanz, seiner dürftigen Motivirung ungeachtet, ein thatsächlicher, welcher mittels Revision nicht angefochten werden kann.

Hiernächst hat zwar die vorige Instanz bei Bejahung der Frage,

ob die unzulässige Sonntagsarbeit außerhalb der Wohnung des Angeklagten vorgenommen worden sei, Alles darauf gesetzt, daß das Werkstattgebäude, in welchem gearbeitet worden, in keiner unmittelbaren Verbindung mit der Wohnung des Angeklagten stehe, ohne hierbei —, wie nach den Bestimmungen in § 4 der Ausführungsverordnung zu obigem Gesetze vom 10. September 1870 geboten erschien —, zu prüfen, ob die Zubehörigkeit des Werkstattgebäudes zu der Wohnung des Angeklagten dadurch begründet werde, daß es in dem bei letzterer befindlichen geschlossenen Hofraume liegt. Indessen vermag auch dieser Mangel einen Grund zu Aufhebung des Urtheils nicht abzugeben, da dasselbe auf Beantwortung der zuletzt erwähnten Frage, welche nur eventuell zur Erörterung gezogen worden ist, nicht beruht, vielmehr die Bestrafung des Angeklagten schon darin allein ihre Rechtfertigung findet, daß angenommen worden ist, seine gewerbliche Anlage sei ein Fabriketablissement, indem nach § 4 des mehrangezogenen Gesetzes an Sonn-, Fest- und Bußtagen die Arbeiten in Fabriketablissements überhaupt verboten sind.

Materielles Strafrecht.

6.

Ueber die im Falle des Selbstvertriebs einer zur Verbreitung bestimmten Druckschrift nach § 6 des Gesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874 zu befolgenden Ordnungsvorschriften.

Urtheil des OLG.'s vom 3. Mai 1882 no. 25 V. B.

Der Angeklagte hat, wie das Berufungsurtheil feststellt, zum Zweck der Verbreitung das Bl. bei den Acten befindliche, als eine Druckschrift im Sinne des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874 sich darstellende Flugblatt, worin die Wahl eines namentlich benannten Genossen der socialdemokratischen Partei zum Abgeordneten für den deutschen Reichstag empfohlen wird, verabfaßt, im Monat October 1881 den Druck desselben in einer größeren Anzahl von Exemplaren veranlaßt und diese Druckexemplare durch Vertheilung an verschiedene,

den Namen nach nicht bestimmte Bewohner der Stadt C. zur Verbreitung gebracht. Diese Druckschrift ist, wie die vorige Instanz weiter feststellt, im Geltungsbereiche des angezogenen Gesetzes erschienen, indem das beschriebene Flugblatt, nachdem es im Auslande gedruckt worden, an den im Königreiche Sachsen wohnhaften Angeklagten auf dessen Bestellung abgeliefert und an dessen Wohnorte verbreitet worden ist. Die Verbreitung des Flugblattes durch den Angeklagten hat, wie ebenfalls festgestellt ist, im Wege des Selbstvertriebs stattgefunden. Das mehrerwähnte Flugblatt ist mit der aufgedruckten Bemerkung versehen: „Verlag und Druck der Vereinsdruckerei Hottingen-Zürich", enthält aber weder die Angabe des Namens und Wohnorts des Verfassers, noch des Herausgebers.

Den deshalb vom Schöffengericht auf Grund § 6 verbunden mit § 19 Ziffer 1 des Preßgesetzes in Geldstrafe verurtheilten Angeklagten hat die Berufungsinstanz freigesprochen, weil das beschriebene Flugblatt den in § 6 des nurangezogenen Gesetzes ertheilten Ordnungsvorschriften insofern entspreche, als auf demselben sowohl der Drucker als auch der Verleger nach einer Firma, welche zur Zeit des Druckes bestanden habe, benannt worden sei, und nach Wortlaut und Sinn des erwähnten § 6 beim Selbstvertrieb einer zur Verbreitung bestimmten Druckschrift auf derselben Name und Wohnort des Druckers und daneben Name und Wohnort entweder des Verlegers oder des Verfassers oder Herausgebers genannt sein müsse, demnach auch im Falle des Selbstvertriebs der Verfasser oder Herausgeber sich nicht zu nennen brauche, wenn er neben dem Drucker den Verleger benenne.

Die Revision der Staatsanwaltschaft rügt unrichtige Anwendung des § 6 des Preßgesetzes, indem sie die Ansicht vertritt, daß im Falle des Selbstvertriebs einer zur Verbreitung bestimmten Druckschrift auf derselben, außer dem Namen und Wohnort des Druckers, schlechterdings der Name und Wohnort des Verfassers oder des Herausgebers genannt werden müsse.

Der Wortlaut des Gesetzes schließt die Auffassung nicht aus, daß im Falle des Selbstvertriebs einer zur Verbreitung bestimmten Druckschrift auf derselben neben dem Namen und Wohnort des Druckers Eines oder das Andere — nämlich Name und Wohnort

des Verlegers oder des Verfassers oder Herausgebers genannt werden müsse. Die Motive zu dem angezogenen § 6 (§ 5 des Entwurfs), vgl.

die Materialien zu dem Gesetz über die Presse vom 7. Mai 1874 in

Goltdammer's Archiv, 22. Bd. S. 174.,

sprechen sich über die im Falle des Selbstvertriebs zu beobachtenden Ordnungsvorschriften nicht ausdrücklich aus, sondern heben nur hervor, daß die Angabe des Druckers und Verlegers auf den zur Verbreitung bestimmten Druckschriften erfordert worden sei, anstatt der nach mehreren Particulargesetzgebungen genügenden Angabe des Druckers oder Verlegers. Es kommt daher für die Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle hauptsächlich darauf an, ob der Selbstvertrieb identisch ist mit dem Selbstverlage, oder nicht. Wäre Selbstvertrieb identisch mit Selbstverlag, so würde nothwendig Verfasser oder Herausgeber an die Stelle des Verlegers treten, da solchenfalls ein Verleger gar nicht bestehen würde. Ist aber ein Selbstvertrieb auch ohne Selbstverlag — oder mit anderen Worten, neben dem Selbstvertrieb der Verlag eines Dritten möglich, so läßt sich die Meinung nicht zurückweisen, daß für derartige Fälle neben der Nennung des Druckers die Nennung entweder des Verlegers oder des Verfassers oder Herausgebers genüge. Die Commentatoren des Preßgesetzes gehen in Betreff der hiernach für die Auslegung des Gesetzes entscheidenden Voraussetzung auseinander, indem

Marquardsen, das Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1874 S. 69,

sagt: Selbstvertrieb und Selbstverlag seien identische Begriffe; beides bezeichne den Gegensatz zum Verlagsbetriebe durch einen Dritten, wogegen

v. Schwarze, das Reichspreßgesetz ꝛc. S. 22,

sich dahin ausspricht: unter Selbstvertrieb werde der Vertrieb der Schrift durch den Verfasser oder Herausgeber verstanden; verschieden hiervon sei der Selbstverlag, wobei der Verfasser zugleich als Verleger erscheine. Der letzteren Meinung ist der Vorzug zu geben, da in der Function des Verlegers, vgl.

v. Liszt, das deutsche Reichspreßrecht § 9 S. 29,

nicht mit Nothwendigkeit die Verbreitung inbegriffen und daher an

sich der Fall denkbar ist, daß der Verfasser oder Herausgeber die Verbreitung, ein Anderer aber den Verlag der Druckschrift übernimmt. Bei solcher Verschiedenheit der Begriffe des Selbstvertriebs und des Selbstverlags kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz den einen Begriff für den andern gesetzt oder beide Begriffe mit einander vermengt und daher unter Selbstvertrieb den Selbstverlag verstanden oder beides für gleichbedeutend angesehen habe.

Obwohl demnach die vorige Instanz der Vorwurf unrichtiger Gesetzesauslegung nicht trifft, so konnte doch das angefochtene Urtheil nicht aufrecht erhalten werden.

Die wahlweise Benennung des Verlegers — oder des Verfassers oder Herausgebers kann nämlich im Sinne von § 6 des Preßgesetzes neben der Angabe des Druckers nur dann genügen, wenn neben dem Selbstvertreiber noch ein Verleger besteht. Dies ist aber keineswegs nothwendig, indem vielmehr der Selbstvertrieb einer zur Verbreitung bestimmten Druckschrift auch ohne die vermittelnde Thätigkeit eines Verlegers ins Werk gesetzt werden kann. In solchen Fällen tritt die eine Seite der in § 6 mit dem Erfordernisse der Nennung des Druckers verbundenen Alternative wegen Wegfalls der andern ganz von selbst in ausschließliche Kraft, und muß daher, wenn neben dem Selbstvertrieb einer zur Verbreitung bestimmten Druckschrift kein Verlag derselben stattfindet, auf der Schrift neben dem Drucker schlechterdings der Verfasser oder Herausgeber genannt werden, indem die blose Nennung des Druckers auf einer derartigen Schrift unter allen Umständen nicht genügt. Nun geht aber aus den Feststellungen der vorigen Instanz unzweifelhaft hervor, daß die als Verleger bezeichnete ausländische Druckerei den Verlag des Flugblatts gar nicht übernommen, sondern sich darauf beschränkt hat, auf Bestellung des Angeklagten den Druck herzustellen und die fertigen Druckexemplare an diesen abzuliefern, so daß neben dem Selbstvertriebe des Angeklagten ein Verlag gar nicht bestanden hat. Folglich war unter solchen Umständen der Angeklagte sich selbst auf der Druckschrift als Verfasser oder Herausgeber zu nennen verbunden.

Da die Feststellungen der vorigen Instanz den Thatbestand einer, wenn nicht nach § 18 Ziffer 2, worauf nach dem Stande des

gegenwärtigen Strafverfahrens sich nicht mehr zukommen läßt, so doch mindestens nach § 19 Ziffer 1 des Reichspreßgesetzes strafbaren Zuwiderhandlung gegen § 6 des nämlichen Gesetzes bereits erschöpfen, und mithin die erkannte Freisprechung auf Verletzung des Gesetzes durch dessen Nichtanwendung beruht, so war das angefochtene Urtheil, jedoch unter Aufrechterhaltung der darin getroffenen Feststellungen, aufzuheben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an die vorige Instanz, welche hierbei davon, daß der Angeklagte der zuletzt erwähnten Zuwiderhandlung sich schuldig gemacht habe, auszugehen und im Uebrigen auf die Arbitrirung des Strafmaßes sich zu beschränken haben wird, zurückzuverweisen.

7.

Die blose Verbreitung von Druckschriften, deren Herstellung den Vorschriften des § 6 des Preßgesetzes vom 7. Mai 1874 nicht entspricht, ist nicht als eine selbstständige, nach § 19 Ziffer 1 des nämlichen Gesetzes strafbare Handlung anzusehen.

Urtheil des OLG.'s vom 9. August 1882 no. 69 V. B.

Die eingelegte Revision ist darauf gestützt, daß die in dem angefochtenen Urtheile festgestellten Thatsachen rechtsirrthümlich der Bestimmung des § 19 unter 1 des Reichsgesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874 unterstellt worden sind.

Die thatsächlichen Feststellungen, welche das angefochtene Urtheil der vorangezogenen Strafbestimmung unterstellt hat, bestehen darin, daß die vier Angeklagten am 13. November 1881 in Chemnitz, woselbst aus Anlaß der auf den folgenden Tag in dieser Stadt anberaumten Stichwahl zwischen den beiden Abgeordnetencandidaten für den deutschen Reichstag, Commerzienrath H. und Redacteur G., der der Anklage zu Grunde liegende, mit der Ueberschrift „Neues Heckerlied" versehene gedruckte Wahlaufruf an den Tagen vor der betreffenden Wahl, und insbesondere an dem vorbezeichneten Tage auf Straßen und Plätzen, in Häusern und Gastwirthschaften an die dort zufällig verkehrenden Personen zur Vertheilung gelangt ist, Exemplare dieses Wahlaufrufs, welcher als eine im Geltungsbereiche des Preßgesetzes erschienene und zur Verbreitung bestimmte Druckschrift ange-

sehen worden, obgleich auf demselben Namen und Wohnort des Druckers und Verlegers nicht genannt sind, wissentlich, nämlich mit genauer Kenntniß der Form und des Inhaltes desselben, sowie des Umstandes, daß auf demselben Name und Wohnort des Druckers und Verlegers fehlen, verbreitet haben.

In dieser Handlungsweise hat das Berufungsgericht eine abgeschlossene, selbstständige, strafbare Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 6 des Preßgesetzes erblickt, welche durch § 19 dieses Gesetzes mit habe getroffen werden sollen, indem das Berufungsgericht zu dieser von der Meinung der Commentatoren des Preßgesetzes: von Schwarze, von Liszt, Marquardsen*) abweichenden Beurtheilung durch die Erwägungen gelangt ist, daß durch die Vorschriften im zweiten Abschnitte des Preßgesetzes der Zweck habe verfolgt werden sollen, die polizeiliche Controle des Staates zu gewährleisten und der Presse nach den verschiedensten Richtungen hin „ein dem überwachenden Auge der Staatsgewalt beabsichtigtes Entziehen zu erschweren," und daher die Verbreitung solcher den bezüglichen Vorschriften nicht entsprechender Druckschriften verboten sei. Dieser letztere Ausspruch wird, da das Gesetz ein Verbot der Verbreitung derartiger Druckschriften mit ausdrücklichen Worten eben nicht enthält, nur dahin zu verstehen sein, daß ein solches Verbot in den einschlagenden §§ 6 und 19 stillschweigend mit enthalten sei.

Der gegenwärtig erkennende Gerichtshof vermag dieser Ansicht nicht beizutreten und erachtet es daher für einen Rechtsirrthum, wenn die Berufungsinstanz in der wider die Angeklagten festgestellten Verbreitung jenes Wahlaufrufs eine Zuwiderhandlung der § 19 unter 1 des Preßgesetzes gedachten Art im Sinne einer abgeschlossenen, selbstständigen, strafbaren Handlung gefunden hat. Bei der Ausführlichkeit, mit welcher die vorige Instanz auf die gegentheiligen Argumentationen der Commentatoren des Preßgesetzes bereits eingegangen ist, genügt es in der Hauptsache, auf die letzteren zu verweisen, und mag nur zur weiteren Widerlegung der von dem Be-

*) Vgl. v. Schwarze, das Reichspreßgesetz, S. 62, v. Liszt, das Reichspreßrecht, S. 84 unter III., Marquardsen, das Reichspreßgesetz, S. 107.

rufungsgericht geltend gemachten Gründe noch Folgendes bemerkt werden.

Bei Prüfung der Frage, ob das Interesse der staatlichen Ordnung eine Auffassung der Bestimmungen des Preßgesetzes in dem Sinne rechtfertige, daß dieselben zugleich das Verbot auch nur der Verbreitung von Druckschriften, deren Herstellung den Vorschriften des § 6 des Preßgesetzes nicht entspricht, enthielten, ist von allen denjenigen Fällen abzusehen, in welchen die Strafbarkeit der Handlung schon durch den Inhalt der Druckschrift begründet wird, da für die Fälle dieser Art in §§ 20 und 21 des Preßgesetzes in ausreichender Weise Bestimmungen getroffen sind. In allen übrigen Fällen wird das Interesse der staatlichen Ordnung nur insoweit in Frage kommen, als es sich dabei um die stricte Befolgung der bezüglich der Herstellung von Preßerzeugnissen und deren gewerbmäßigen Vertriebs getroffenen Anordnungen handelt. Diese Anordnungen sind nun wiederum für Diejenigen getroffen, welche sich mit der Herstellung von Preßerzeugnissen und deren gewerbmäßigem Vertrieb befassen, und diese Personen sind es daher überhaupt nur, welche sich in der Lage befinden, die entsprechenden, ihre Thätigkeit betreffenden Anordnungen zur Ausführung zu bringen. Hiernach würde es aber eine mit diesem Interesse der staatlichen Ordnung außer allem Verhältnisse stehende, und daher auch mit der Tendenz des Gesetzes nicht wohl vereinbare Härte involviren, wenn man zugleich diejenigen, welche ihrerseits für die Einhaltung dieser Anordnungen zu sorgen gar nicht in der Lage waren, für die Nichteinhaltung derselben Seiten dritter Personen, welchen die Einhaltung oblag, schlechterdings, nämlich selbst dann verantwortlich machen wollte, wenn ihre Handlung ganz außer Zusammenhang mit der Zuwiderhandlung jener Dritten stünde. Wie weit übrigens eine extensive Interpretation des Gesetzes im Sinne des Berufungsgerichts tragen würde, zeigt sich deutlich daraus, daß, während der § 6 des Preßgesetzes sich doch nur auf die Ordnung der *heimischen* Presse bezieht, gleichwohl auch der Verbreiter einer im *Auslande* ohne Angabe des Namens und Wohnortes des Druckers und des Verlegers erschienenen Druckschrift der Gefahr einer Bestrafung wegen Zuwiderhandlung gegen jene Vorschrift ausgesetzt sein würde, dafern er nicht der etwaigen An-

nahme, daß die Druckschrift im Geltungsbereiche des Preßgesetzes erschienen sei, durch den thatsächlichen Beweis des Gegentheils zu begegnen vermöchte.

Aus diesen Gründen mußte die Ansicht, daß in der Verbreitung einer im Geltungsbereiche des Preßgesetzes erscheinenden und zur Verbreitung bestimmten Druckschrift, dafern auf derselben Name und Wohnort des Druckers nicht genannt sind, schon an sich eine Zuwiderhandlung gegen die angezogenen Gesetzesbestimmungen im Sinne einer abgeschlossenen, selbstständigen, strafbaren Handlung gefunden werden könne, als eine rechtsirrthümliche angesehen werden. Indessen wird doch hierdurch die Strafbarkeit der Verbreitung einer derartigen Druckschrift keineswegs für alle Fälle ausgeschlossen, da die allgemeinen Rechtsnormen über Theilnahme (§ 47 flg. des Strafgesetzbuchs) unter der Voraussetzung der diesfallsigen Thatbestandsmomente auch denjenigen gegenüber, welche die Verbreitung solcher Druckschriften übernehmen, in Anwendung zu bringen sind. (Vergl. auch Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. IV. S. 438.)

Reichen nun auch die thatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urtheils nicht aus, um eine Theilnahme der Angeklagten an der bei Herstellung des mehrgedachten Preßerzeugnisses verhangenen Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift in § 6 des Preßgesetzes anzunehmen, so läßt sich aus diesem Urtheile doch ebensowenig entnehmen, daß dasselbe das Vorhandensein der thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Theilnahme — welche übrigens, da jene Zuwiderhandlung nur als eine Uebertretung im Sinne von § 1 Abs. 3 des Strafgesetzbuchs sich darstellt, in einer strafbaren blosen Beihülfe (§ 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuchs) gar nicht bestanden haben könnte — habe verneinen wollen. Bei dieser Sachlage konnte aber auch, obschon die Aufhebung des Urtheils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung der §§ 6 und 19 des Preßgesetzes auf die dem Urtheile zu Grunde liegenden Feststellungen erfolgt, auf sofortige Freisprechung der Angeklagten nicht erkannt werden; vielmehr mußte unter gleichzeitiger Aufhebung der durch die Gesetzesverletzungen betroffenen Feststellungen die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

8.

Begriff der „Verbreitung" von Druckschriften im Sinne von § 24 des Gesetzes gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. Oktober 1878.

Urtheil des OLG.'s vom 24. Mai 1882 no. 36 V. B.

Daß die ersten vier Nummern der im December 1881 von dem Angeklagten unter dem Titel: „Der Zinsgroschen" herausgegebenen Zeitung öffentlich verbreitet worden sind, ist in objectiver Hinsicht in dem angefochtenen Urtheile ausreichend festgestellt, indem die vorige Instanz als erwiesen betrachtet, daß die in den Druckereien von P. und A., bez. von K., in je 1000 Stück von jeder Nummer hergestellten Druckexemplare jener Zeitung von den Inhabern dieser Druckereien dem Buchhändler X. übersendet worden sind, und Letzterer dieselben durch Colporteure an das Publicum hat verkaufen lassen. Um den Thatbestand einer nach § 25 des Reichsgesetzes gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. October 1878 zu beurtheilenden Zuwiderhandlung gegen die an den Angeklagten gemäß § 24 des nämlichen Gesetzes unter dem 10. November 1881 von der Kreishauptmannschaft zu Dresden als Landespolizeibehörde erlassene Verfügung, wodurch demselben die Befugniß zur gewerbmäßigen und nicht gewerbmäßigen öffentlichen Verbreitung von Druckschriften entzogen worden ist, nach der subjectiven Seite zu begründen, gelangt daher nur in Frage, ob die ins Werk gesetzte öffentliche Verbreitung der gedachten Druckschrift als ein beabsichtigter Erfolg der Thätigkeit des Angeklagten zu betrachten sei. In dieser Beziehung würde nun zwar der Begriff der „Verbreitung", wie die vorige Instanz nach Bl. anzunehmen scheint, nicht erschöpft werden, wenn dem Angeklagten etwas Weiteres nicht zur Last fiele, als daß er die hergestellten Druckexemplare der gedachten Zeitung einer einzigen Person mitgetheilt und hierbei darauf „reflectirt" habe, daß diese Person nun ihrerseits die Druckschrift dem Publicum zugänglich machen werde, indem eine solche blose Reflexion als ein innerer Vorgang von unbestimmtem Charakter nicht genügen würde, um die Thätigkeit des Dritten als ein Willensproduct dessen, welcher die Druckschrift mitgetheilt hat, darzustellen. Allein die vorige In=

stanz hat mehr festgestellt, als daß der Angeklagte bei Mittheilung der Druckexemplare der von ihm herausgegebenen Zeitung an den Buchhändler R. nur darauf reflectirt habe, daß dieser nunmehr die Zeitung verbreiten werde, indem nach Maßgabe der Feststellungen des angefochtenen Urtheils für erwiesen erachtet wird, daß der Angeklagte, nachdem ihm die obgedachte kreishauptmannschaftliche Verfügung zugestellt worden, mit Kenntniß von deren Inhalt Ausgangs November 1881 in der Absicht, für die öffentliche Verbreitung der erwähnten Zeitung zu sorgen,

a) mit dem Buchhändler R. einen Vertrag geschlossen, durch welchen derselbe sich verpflichtet, die beschriebene Zeitung zu dem Preise von fünf Pfennigen für das Exemplar zu verkaufen, an den Angeklagten aber vier und einen halben Pfennig für jedes Exemplar zu entrichten,

b) die genannten Druckereiinhaber angewiesen habe, jede Nummer des „Zinsgroschens" in 1000 Exemplaren sofort nach der jedesmaligen Beendigung des Drucks unmittelbar dem genannten R. zum Zweck des gewerbmäßigen Vertriebs zu übersenden, und

c) durch ein Inserat in den D.'er Nachrichten die Colporteure aufmerksam gemacht habe, daß der „Zinsgroschen" bei X. an die Colporteure verkauft werde.

Hierdurch ist hinreichend festgestellt, daß der Angeklagte die Drucker, den Buchhändler und die Colporteure nur als Werkzeuge seines eigenen, auf öffentliche Verbreitung der von ihm herausgegebenen Zeitung gerichteten Willens benutzt und durch jene dritten Personen, als die Vertreter und Vollstrecker seines eigenen Willens, selbst gehandelt hat.

Wie demnach die Anwendung der Strafbestimmung in § 25 des obangezogenen Gesetzes auf die Handlungsweise des Angeklagten durch die Feststellungen des angefochtenen Urtheils völlig gerechtfertigt wird, so kommt dasjenige, was der Angeklagte zu Begründung der von ihm eingelegten Revision zu Protokoll des Gerichtsschreibers vorgebracht hat, in der Hauptsache nur auf eine verfehlte Anfechtung der aus obigen Feststellungen sich ergebenden rechtlichen Beurtheilung seiner Handlungsweise hinaus, indem er dieselbe nur für eine rein buchhändlerische Thätigkeit erachtet wissen will, welche sich mit der

Vorbereitung der Druckschrift nicht befaßt habe, und die ihm zur Last gelegte Verbreitung deshalb bestreitet, weil er sich um den Vertrieb der Zeitung im Einzelnen gar nicht bekümmert und dieselbe nicht selbst colportirt habe. Insoweit aber der Angeklagte behauptet, daß die vorige Instanz den Begriff der „Verbreitung" im Sinne von § 24 des mehrangezogenen Gesetzes vom 21. October 1878 unrichtig aufgefaßt habe, weil derselbe sich nur auf den sogenannten „fliegenden Buchhandel" beziehe, so erscheint dieser Einwand ebenfalls unbegründet, da der fliegende Buchhandel nur eine besonders wirksame Art der Verbreitung einer Druckschrift, nicht aber die ausschließlich vom Gesetzgeber in das Auge gefaßte Form derselben bildet.

Die eingelegte Revision war daher zu verwerfen.

9.

Zum Begriff des Einsammelns von Beiträgen zur Förderung von socialdemokratischen rc. Bestrebungen im Sinne von § 16 des Gesetzes gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie vom 21. October 1878 ist Kenntniß der Geber von dem Sammelzweck erforderlich.

Urtheil des OLG.'s vom 9. August 1882 no. 68 V. B.

Die zu L. bestehende, geselligen Zwecken dienende Gesellschaft „Veilchen" veranstaltete am 23. October 1881 eine aus einer theatralischen Aufführung und einem Tanzvergnügen zusammengesetzte Festlichkeit. Hierbei wurden — wie dies in ähnlichen Fällen auch bereits früher geschehen war — Seiten der drei Vorstandsmitglieder A., L. und K. Programme für 25—30 Pfennige und Tanzschleifen für 75 Pfennige verkauft. Die hierdurch erzielte Einnahme pflegte einen Ueberschuß zu ergeben, der gewöhnlich mit zur Bestreitung der durch die betreffende Festlichkeit erwachsenen Unkosten verwendet wurde. Auch am 23. October 1881 ergab sich ein solcher Ueberschuß. Derselbe wurde jedoch und zwar nach Höhe von 25 Mark Seiten jener drei Vorstandsmitglieder an den damals in Gemäßheit des Socialistengesetzes (Gesetz gegen die gemeingefährlichen Bestrebungen der Socialdemokratie) vom 21. October 1878 aus L. ausgewiesenen Drechslermeister B. und zwar zu dem Zwecke abgeführt, um zum größeren

Theile zur Unterstützung der in Folge eben dieses Gesetzes aus L. ausgewiesenen Mitglieder der socialdemokratischen Partei und zu einem Theile wohl auch zur Unterstützung von Angehörigen solcher Ausgewiesener verwendet zu werden. K. war es, welcher die Uebermittelung jenes Ueberschusses an B. ins Werk setzte. Er that dies in Folge eines mit den beiden anderen Vorstandsmitgliedern gemeinschaftlich gefaßten Beschlusses. Dieser Beschluß war von ihnen schon vor dem Verkaufe der Programme und Tanzschleifen unter der Voraussetzung gefaßt worden, daß dieser Verkauf einen Ueberschuß ergeben würde. Auch ist constatirt, daß sie schon damals den Inhalt einer von dem Polizeiamte der Stadt L. unterm 1. Juli 1881 erlassenen, in dem Amtsblatte dieser Behörde zur Publication gebrachten Bekanntmachung kannten, durch welche auf Grund von § 16 des angezogenen Gesetzes das Einsammeln von Beiträgen zu Unterstützung der in Folge der Vorschriften dieses Gesetzes aus L. und dem amtshauptmannschaftlichen Bezirke L. Ausgewiesenen als verboten bezeichnet worden war.

Die Beweisannahmen haben zu einer Verurtheilung A.'s, L.'s und K.'s auf Grund des § 20 verbunden mit § 16 des Socialistengesetzes geführt. Dabei ist von beiden Instanzen davon, daß in der Erhebung jener bei dem Verkaufe der Programme und Tanzschleifen vereinnahmten Gelder ein durch jene polizeiamtliche Bekanntmachung verbotenes „Einsammeln von Beiträgen" im Sinne des citirten § 16 zu erblicken gewesen sei, ausgegangen, auch Seiten der Berufungsinstanz ausdrücklich ausgesprochen worden, wie nicht zu bezweifeln sei, daß ein Einsammeln von Beiträgen in diesem Sinne schon dann, wenn der Einsammelnde die Unterstützung Ausgewiesener als den Zweck des Sammelns kenne, angenommen werden müsse und hierzu keineswegs überdies die Kenntniß der Geber von diesem Sammelzwecke nöthig sei.

Während A. und L. dem Berufungsurtheile sich unterworfen haben, hat K. gegen das Urtheil Revision eingewendet.

Es würde nicht richtig sein, wenn, wie es den Anschein gewinnt, bei Begründung der Revision davon ausgegangen worden sein sollte, es sei festgestellt, daß die Käufer der Programme und Tanzschleifen den Beschluß der drei Angeklagten, den Ueberschuß zur

Unterstützung Ausgewiesener zu verwenden, nicht gekannt und ihrerseits bei Entnahme jener Gegenstände ausschließlich die davon abhängige Füglichkeit, der theatralischen Aufführung beizuwohnen und am Tanze sich zu betheiligen, im Auge gehabt hätten. Die Berufungsrichter sind vielmehr Inhalts des Urtheils auf die Frage, von welchem Willen die Käufer geleitet worden seien, gar nicht zugekommen. Sie haben eine Beantwortung dieser Frage gar nicht für erforderlich erachtet, weil nach ihrer Auffassung schon der auf Unterstützung der Ausgewiesenen gerichtete Wille der Angeschuldigten dazu genügte, um das Gebahren der Letzteren als ein Einsammeln von Beiträgen im Sinne des citirten § 16 ansehen zu können.

Dagegen hat man allerdings dieser letzteren Auffassung nicht beizutreten vermocht.

Es ist zuzugeben, daß an und für sich in dem Begriffe des „Einsammelns" ebensowenig wie in demjenigen des Sammelns das Requisit eines von beiden Seiten (Sammler und Geber) zusammentreffenden übereinstimmenden Zweckbewußtseins liegt. Der Begriff des Einsammelns zu einem bestimmten Zwecke verliert Nichts, wenn der Geber den Zweck des Sammelns nicht kennt. Etwas anderes ist es, wenn von einem „Einsammeln von Beiträgen" zu einem bestimmten Zwecke die Rede ist. Dann werden sprachlich mit dem Zwecke zwei Thätigkeiten in Beziehung gesetzt, die des Einsammelns und die des Beitragens. Hieran wird unter Umständen die Auslegung geknüpft werden können, daß die beiderseitigen Thätigkeitsäußerungen in Bewegung gesetzt wurden, um einem bestimmten, beiderseitig bekannten Zwecke zu dienen. Allein nicht unter allen Umständen; denn auch dann noch wird allerdings mit Recht von einem Einsammeln von Beiträgen gesprochen werden können, wenn nur der Sammler, nicht auch der Geber den Zweck genauer kennt. So ist es denkbar, daß Jemand seine Freunde und Bekannten zu einem Zwecke angeht, den er nur ganz im Allgemeinen andeutet, z. B. „zu einem wohlthätigen Zwecke" oder auch ganz geheim hält. In einem solchen Falle werden die Geber die Beiträge zu einem ihnen gar nicht, beziehentlich mindestens nicht speciell bekannten, erst durch den Willen des Sammlers beziehentlich speciell zu bestimmen-

den Zwecke entrichten. Allein auch in einem solchen Falle wird dem Begriffe des Beitrags mindestens die Bedeutung anhaften, daß der Geber das Bewußtsein hatte, eine Theilleistung d. h. eine Einzelleistung zu bewirken, die durch das Hinzutreten der Einzelleistungen Anderer zu einer Leistungssumme verbunden werden solle. Schon gegenüber dieser rein grammatischen Interpretation des Ausdrucks „Einsammeln von Beiträgen“ stellt sich die dem Berufungsurtheil zu Grunde liegende Auffassung nicht als richtig dar, als ob darauf, welcher Zweck Seiten der Käufer der Programme und Tanzschleifen bei Bezahlung dieser Gegenstände verfolgt worden sei, Etwas gar nicht, vielmehr Alles nur darauf ankomme, daß die drei Angeschuldigten bei dem Verkaufe der Programme und Tanzschleifen an verschiedene Personen und bei dem Einsammeln des hierbei an sie gezahlten Geldes die Unterstützung Ausgewiesener im Auge gehabt hätten.

Noch weit entschiedener aber führt die logische Interpretation der fraglichen Gesetzesworte darauf hin, daß jene Käufer nur insoweit als Spender von „Beiträgen“ hätten angesehen werden dürfen, als festgestellt zu werden vermochte, daß sie sich bewußt gewesen waren, wie in dem von ihnen gezahlten Kaufpreise gleichzeitig ein Betrag enthalten sei, welcher zu Unterstützung Ausgewiesener verwendet werden solle.

Das Gesetz verbietet das Einsammeln von Beiträgen zu Förderung von socialdemokratischen Bestrebungen sowie die öffentliche Aufforderung zur Leistung solcher Beiträge. Es verbietet nicht die Leistung von Beiträgen zu dem angegebenen Zwecke und nicht die private Aufforderung zur Leistung solcher Beiträge. Hieraus ist zu entnehmen, daß die Tendenz des Gesetzes nicht dahin geht, die Förderung der Zwecke durch Beiträge an sich zu verbieten, sondern nur dahin, die agitatorische Anreizung zur Förderung der Zwecke durch Beiträge zu hindern. Ja es sollte nicht einmal jedes Leisten einer Unterstützung, welches mit einer agitatorischen Wirkung verbunden sein würde, getroffen werden. Wäre dies die Absicht gewesen, so hätte das Gesetz eben jede, selbst vereinzelte Leistung verbieten müssen, da überhaupt alle Unterstützungen, welche Ausgewiesenen zufließen, eine agitatorische Wirkung insofern im Gefolge

haben können, als sie dazu angethan sind, die Unterstützten in ihren Bestrebungen zu kräftigen, und Andere durch die Hoffnung, eventuell ebenmäßig auf Unterstützung rechnen zu können, in ebensolchen Bestrebungen zu bestärken. Das Gesetz kann daher offenbar hierbei gerade nur diejenige Agitation haben treffen wollen, welche in die Reihen der Geber getragen werden würde.

Hieraus allenthalben ergiebt sich, daß die Auffassung der Berufungsinstanz eine rechtsirrthümliche ist, als ob die Verurtheilung der Angeschuldigten schon dadurch, daß sie selbst bei Erhebung und Verwendung der fraglichen Gelder die Unterstützung von Ausgewiesenen bezweckten, bedingt worden und insbesondere davon gar nicht abhängig zu machen gewesen sei, ob diejenigen, von denen sie die Gelder erhoben oder wenigstens einige derselben in dem Bewußtsein handelten, ihrerseits zu einer für jenen Zweck bestimmten Summe beizusteuern.

In Anbetracht dessen und zugleich in Erwägung, daß hiernach eine definitive Beantwortung der Straffälligkeitsfrage überhaupt nicht ohne weitere thatsächliche Erörterungen möglich ist, war das vorige Urtheil sammt den ihm zu Grunde liegenden Feststellungen und zwar zunächst, soviel den allein als Remedent aufgetretenen Angeklagten K. anlangt, wiederaufzuheben und zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Berufungsinstanz zurückzuverweisen. Man durfte jedoch hierbei nicht stehen bleiben, hatte vielmehr in der Erwägung, daß die nämliche Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes auch betreffs der Mitangeklagten A. und L. verhangen worden ist, in Gemäßheit des § 397 der Strafprozeßordnung das Urtheil auch insoweit, als es diese Personen betrifft, und demnach dasselbe in seinem ganzen Umfange zu cassiren.

Civilprozeß.

19.

Weitere Beschwerde; § 531 der CPO. — Antrag des Schwurpflichtigen, daß die Eidesleistung vor einem andern Gerichte als dem Prozeßgerichte erfolge. Beschwerde gegen die das Gesuch ablehnende Entschließung des Prozeßgerichts; zur Auslegung von § 320 und § 441 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 30. Novbr. 1882 no. 301 I. C. 1882.

In Sachen des Kaufmanns K. in P., Klägers, gegen den Händler C. G. in M., Beklagten, wird auf die weitere Beschwerde, welche der Kläger gegen den Beschluß der zweiten Civilkammer des Landgerichts zu Z. bei derselben nach Bl. der Acten Cg. 51/82 eingelegt hat, dieser Beschluß aufgehoben und in der Sache selbst angeordnet, daß die Leistung des in dem Urtheile des Amtsgerichts zu M. vom 6. Juni 1882 dem Kläger zuerkannten Eides vor dem Amtsgericht zu P. zu erfolgen hat.

Die vorliegende Beschwerde ist an sich statthaft. Denn der mit ihr angefochtene Beschluß enthält für den Kläger einen neuen selbstständigen Beschwerdegrund (§ 531 CPO.), insofern darin die Beschwerde des Klägers, welche er gegen den Beschluß des Amtsgerichts zu M. auf Rückweisung seines Gesuchs um Requisition des Amtsgerichts zu P. zur Abnahme des ihm in dem erwähnten Urtheile zuerkannten Eides eingelegt hatte, als unzulässig verworfen worden ist (vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. IV. S. 361, 362).

In der Sache ist der vorigen Instanz zunächst darin beizutreten, daß die Vorschrift in § 441 Abs. 1 der CPO., nach welcher das Prozeßgericht in den daselbst angegebenen Fällen anordnen kann, daß die Leistung eines Partei-Eides vor einem seiner Mitglieder oder vor einem andern Gericht erfolge, mit den Bestimmungen in § 320 in Zusammenhang steht und daher in Verbindung mit diesen zu handhaben ist, da sie in Bezug auf die Eidesleistung die in § 320 angekündigten Fälle enthält, in welchen ausnahmsweise eine Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht selbst stattzufinden braucht.

Die Frage, wie die Bestimmung im zweiten Absatz des § 320 zu verstehen sei, ist bestritten. In derselben ist im Anschlusse an den ersten Absatz, welcher anordnet: „Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem andern Gericht zu übertragen", bestimmt: „Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt."

In den Motiven ist in Bezug hierauf bemerkt:

„Insoweit das Gesetz ausnahmsweise gestattet, daß die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht selbst, sondern vor einem Mitgliede desselben oder vor einem andern Gericht stattfinde, hat das Prozeßgericht im einzelnen Falle zu ermessen, ob die eine oder andere Art der Beweisaufnahme anzuordnen sei; die hierüber vom Prozeßgericht erlassene Verfügung kann von den Parteien nicht angefochten werden, weil sie vom discretionären Ermessen des Gerichts abhängig ist."

Hierin ist der Inhalt des Absatz 2 des § 320 dahin präcisirt, daß, wenn in einem der gesetzlich bestimmten Fälle, in welchen die Beweisaufnahme zulässiger Weise nicht vor dem Prozeßgericht stattzufinden braucht, das Letzetre den Beweis durch eins seiner Mitglieder oder durch ein anderes Gericht aufnehmen zu lassen beschließt, der nach der einen oder andern dieser beiden Richtungen ergangene Beschluß deßhalb, weil statt der gewählten Modalität die andere eintreten solle, nicht angefochten werden darf. Hätte diese Meinung in dem Gesetz Ausdruck gefunden, so würde daraus folgen, daß die dort vorgeschriebene Unanfechtbarkeit weder einen Beschluß trifft, durch welchen in einem Falle, wo die Abweichung von der in Abs. 1 Satz 1 des § 320 angegebenen Regel nicht statthaft ist, gleichwohl die Vornahme der Beweisaufnahme vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts, beziehentlich vor einem andern Gericht angeordnet wird, noch einen Beschluß, durch welchen die Vornahme der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht angeordnet wird, obschon der Fall sich zur Abweichung von der Regel eignet. Die Mehrzahl der Commentatoren ist jedoch der Meinung, daß mit den Worten des Gesetzes „die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme" die Alternative: Be-

weisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder Uebertragung derselben an ein Gerichtsmitglied, beziehentlich an ein anderes Gericht, gemeint sei, daß das Prozeßgericht nach seinem Ermessen im einzelnen Falle innerhalb der in Absatz 2 gesetzten Grenzen zu bestimmen habe, ob von der ausnahmsweisen Uebertragungsbefugniß Gebrauch zu machen sei, und daß eine Anfechtung der diesfallsigen Entscheidung des Prozeßgerichts schlechthin ausgeschlossen sei (vergl. die Bemerkungen zu § 320 in den Commentaren von v. Wilmowski und Levy 2. Aufl. nota 2, Struckmann und Koch 3. Aufl. nota 1 a. E. und nota 3, v. Sarwey Bd. I. nota 3, Puchelt Bd. II. nota 3 Abs. 2, Gaupp Bd. II. unter II, Petersen Bd. II. S. 163, Kleiner Bd. II. S. 251). Dagegen wird in Seuffert's Commentar zu § 320 2. Aufl. nota 1 die Ansicht geltend gemacht, daß die obengedachten Worte des Gesetzes, da in § 320 die Ausnahmen von der Regel des ersten Satzes von Abs. 1 nicht angeführt seien, nur die Alternative: Richtercommissar oder Prozeßgericht, bedeuten könnte und daß deßhalb, sowie da in den §§ 337, 340, 370, 441 die Unanfechtbarkeit der Uebertragungsanordnung auch in dem Punkte der Zulässigkeit der Ausnahme von der Regel nicht ausgesprochen ist, die Frage, ob ein Fall vorgelegen habe, in welchem das Gesetz die Uebertragung der Beweisaufnahme an ein Mitglied des Gerichts oder ein Amtsgericht gestatte, zur Cognition des Obergerichts gestellt werden könne. Dieselbe Ansicht ist von Endemann im Commentar Bd. II. S. 183 ausgesprochen.

Auch die jetzige Instanz hat die Ansicht gewonnen, daß durch die Bestimmung im zweiten Abs. des § 320 nur die Frage, ob, wenn das Prozeßgericht in einem gesetzlich zulässigen Fall eine Uebertragungsanordnung ertheilt hat, die Beweisaufnahme in der angeordneten Weise, also vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts, beziehentlich vor einem andern Gericht, oder in der entgegengesetzten Weise (statt vor einem Gerichtsmitglied vor einem andern Gericht oder umgekehrt) vorgenommen werden solle, der Cognition des Oberrichters entzogen worden ist. Dies ist nach Ausweis der Motive der Zweck der Bestimmung gewesen, hat aber auch in derselben genügenden Ausdruck gefunden. Denn insofern in dem zweiten Abs. des § 320 des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere

Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, gedacht ist, entspricht es dem Wortlaute der Vorschrift, dieselbe auf den unmittelbar vorangehenden zweiten Satz des ersten Absatzes zu beziehen, da in diesem von einem die Uebertragung der Beweisaufnahme betreffenden Beschlusse die Rede ist und zwei Arten der Beweisaufnahme (die vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts und die vor einem andern Gericht) erwähnt sind. Nach dem Allen wird der vorliegende Fall, in welchem es sich um die Frage handelt, ob die Beweisaufnahme (Leistung eines rechtskräftig erkannten Eides) vor dem Prozeßgericht oder vor einem andern Gericht stattfinden solle, von der angezogenen Bestimmung nicht getroffen. Auch die weitere Frage, ob der Beschluß des Prozeßgerichts, daß die Eidesleistung vor ihm stattfinden solle, mit der Beschwerde angefochten werden könne, ist zu bejahen. Denn nach § 530 der CPO. findet das Rechtsmittel der Beschwerde (außer in den in diesem Gesetz besonders hervorgehobenen Fällen) gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist. Das Gesuch des Klägers, daß das Amtsgericht zu P., das Gericht seines Wohnorts, um Abnahme des ihm zuerkannten Eides ersucht werde, stellt sich als ein das Verfahren betreffendes Gesuch dar. Die Entscheidung über dasselbe erforderte nicht nothwendig eine vorgängige mündliche Verhandlung. Zwar ist aus den Vorschriften in § 326, 335 der CPO. zu folgern, daß der Beschluß des Prozeßgerichts, eine Beweisaufnahme durch eines seiner Mitglieder oder ein anderes Gericht vornehmen zu lassen, der Regel nach in dem die Beweisaufnahme betreffenden Beweisbeschluß, dem selbstverständlich eine mündliche Verhandlung vorausgegangen sein muß, enthalten sein soll. Allein selbst die Abänderung eines die Beweisaufnahme vor das Prozeßgericht weisenden Beweisbeschlusses ist in diesem Punkte nicht nothwendig an die Wiederaufnahme der mündlichen Verhandlung gebunden, wenn sie dadurch veranlaßt wird, daß hinterher sich Umstände ergeben, welche die Uebertragung der Beweisaufnahme an ein Mitglied des Prozeßgerichts oder an ein anderes Gericht nothwendig machen. Am wenigsten aber ist in dem Falle, wo es sich um die Leistung eines in einem bedingten Endurtheile erkannten Eides handelt, der Be-

schluß auf Uebertragung derselben an ein Mitglied des Prozeßgerichts oder an ein anderes Gericht durch eine vorgängige mündliche Verhandlung, welche diese Frage zum Gegenstand hat, bedingt, da eine solche weder ausdrücklich vorgeschrieben ist, noch auch ihre Nothwendigkeit aus allgemeinen Grundsätzen sich folgern läßt. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde, welche von dem Kläger gegen den seinen Antrag auf Requisition des Amtsgerichts zu P. zurückweisenden Beschluß des Amtsgerichts zu M. eingelegt worden war, für an sich statthaft (§ 537 CPO.) zu achten und deßhalb der angefochtene Beschluß des Landgerichts aufzuheben gewesen.

Hiernach war in die materielle Prüfung des Gesuchs des Klägers gemäß dem Beschwerdeantrag Bl. einzutreten. Dasselbe erscheint begründet. Denn in Rücksicht auf die räumliche Entfernung des Wohnorts des Klägers von dem Sitze des Prozeßgerichts ist die eine der Voraussetzungen vorhanden, unter welchen nach § 441 Abs. 1 der CPO. die Eidesleistung vor einem andern Gericht erfolgen darf. Der von dem Beklagten nach Bl. gegen eine solche Anordnung erhobene Widerspruch erscheint unbegründet. Denn sein Recht auf Beiwohnung der Beweisaufnahme (§ 322 CPO.) wird dadurch gewahrt, daß er in dem Termin zur Eidesleistung vor dem ersuchten Gericht sich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann und also in der Lage ist, den mit seinem persönlichen Erscheinen vor dem ersuchten Gericht verbundenen erheblichen Reiseaufwand zu vermeiden, während ein Grund sich nicht absehen läßt, warum es, um dem Kläger vor der Eidesleistung Vorhalte zu machen, seiner persönlichen Anwesenheit in dem Termine bedürfe. Es ist daher eine entsprechende Anordnung ertheilt worden.

20.

Ladung des Berufungsbeklagten in der Berufungsschrift wesentliches Erforderniß zur Einlegung der Berufung; §§ 479, 497 der CPO. — Anschließung des Berufungsklägers an die Anschlußberufung des Berufungsbeklagten; §§ 482, 483 der CPO.

Urtheil des OLG.'s (III. Sen.) vom 18. Octbr. 1882 no. 93 O. III. 1882.

Aus dem Thatbestande.

Die Berufungsfrist ist durch die am 6. Mai 1882 an den erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten der Klägerin erfolgte Zustellung des Urtheils in Lauf gesetzt; sowohl die Zustellung der Hauptberufung (der Klägerin) als diejenige des die Anschließung des Beklagten an dieses Rechtsmittel enthaltenden Schriftsatzes ist innerhalb der Nothfrist erfolgt. In letzterem ist anschließend an den Antrag auf Verwerfung der gegnerischen Berufung folgender Satz enthalten: „Gleichzeitig lege ich gegen das am 20. April 1882 verkündete Urtheil der Civilkammer des Königlichen Landgerichts zu Z. hiermit im Wege des Anschlusses Berufung ein, weil“ 2c. „Ich fechte das gedachte Urtheil seinem ganzen Umfange nach an und werde beantragen“ 2c. „Namens des Beklagten lade ich die Klägerin vor das Königliche Oberlandesgericht zu Dresden zu dem auf den 30. September dieses Jahres anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung über die von dem Beklagten eingelegte Berufung.“ Seiten des Anwalts der Klägerin wird dagegen eingeräumt, daß, wie das Obwalten des gleichen Mangels hinsichtlich der den Gerichtsacten einverleibten Abschrift der Hauptberufung vom Vorsitzenden des Gerichtshofs festgestellt wird, in der dem gegnerischen Sachwalter zugestellten Urschrift dieses Schriftsatzes eine in irgend welcher Form ausgedrückte Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht enthalten ist. Er erklärt, daß er sich mit Rücksicht auf diesen Mangel, über welchen Beklagter, ohne ihn zu rügen oder ausdrücklich zu Condoniren, hinweggegangen ist, der formellen Unbeachtlichkeit der klägerischen Berufung bescheide, jedoch nunmehr unter Aufrechterhaltung der mit der Hauptberufung verbundenen Anträge an die jedenfalls nach § 483 Abs. 2 der

CPO. als selbstständige Berufung zu betrachtende Anschlußberufung der Gegenpartei sich anschließe. Beklagter begehrt die Zurückweisung der Anschließung.

Aus den Entscheidungsgründen.

1.

Die Einlegung der Berufung erfolgt nach § 479 der CPO. durch Zustellung eines Schriftsatzes innerhalb der Nothfrist, welcher außer der Bezeichnung des angefochtenen Urtheils und der Erklärung des Berufungswillens die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung enthalten „muß". Die präceptive Fassung dieser für die Einwendung der Revision in entsprechender Weise wiederkehrenden Gesetzesbestimmung, insbesondere der Gegensatz zu der auf dem Informationszweck beruhenden Vorschrift des nachfolgenden Paragraphen, zufolge welcher in der Berufungsschrift zugleich die Ankündigung der Berufungsanträge, sowie der neuen Thatsachen und Beweismittel erfolgen „soll", setzt außer Zweifel, daß es sich bei der ersteren Vorschrift um wesentliche Erfordernisse handelt, ohne deren vollständige Erfüllung ein zur Einlegung der Berufung dienlicher Schriftsatz im rechtlichen Sinne gar nicht vorhanden ist. Das Gesetz läßt auch keine Meinungsverschiedenheit darüber zu, daß die Ladung als integrirender Bestandtheil der Berufungsschrift selbst gedacht ist und daß demzufolge eine außerhalb derselben erfolgte materielle Erklärung des Ladungswillens, wie sich derselbe in der Zustellung der mit der Terminsbestimmung versehenen Berufungsschrift an die Gegenpartei in concludenter Weise äußern kann, rechtlich bedeutungslos erscheint. In der That handelt es sich also, da die Zustellung eines die Requisite des § 479 in sich aufnehmenden Schriftsatzes die gesetzlich geordnete Form der Berufungseinlegung bildet, um die Aufstellung eines nach § 497 der richterlichen Officialprüfung unterliegenden formellen Erfordernisses der Berufung und es kann sich daher nur fragen, ob die nach Anleitung dieser Gesetzesvorschrift gebotene Verwerfung des Rechtsmittels im vorliegenden Falle dadurch ausgeschlossen wird, daß der Beklagte im Termine erschienen und ohne den Mangel der Ladung zu rügen, in die Verhandlung einge-

treten ist. Ließe sich für die Bejahung dieser Frage die Erwägung geltend machen, daß die Ladung nur den Erfolg bezweckt, das Erscheinen der Gegenpartei zum festgesetzten Termine zu veranlassen, so ist andererseits auf die positive Vorschrift zu verweisen, daß der Richter die Zulässigkeit der Berufung von Amtswegen seiner Cognition zu unterstellen hat, damit aber unverkennbar ausgesprochen ist, daß der Wille der Gegenpartei weder als Voraussetzung noch als Hinderniß der Prüfung in Betracht gelangen soll und sonach einer der Fälle gegeben ist, in welchen durch Absatz 2 des § 267 der CPO. der Verzicht der Gegenpartei auf Beobachtung einer Norm des Verfahrens der rechtlichen Wirkung entkleidet ist. Das Gesetz betont hiermit den formellen Charakter der Berufungseinlegung, welche es als einen für den Gang des Verfahrens wesentlichen, mit der Wirkung der Eröffnung eines neuen judicium verbundenen Prozeßact mit besonderen Formen umgiebt, und daß hierbei Rücksichten auf das öffentliche Interesse maßgebend gewesen sind, würde auch ohne die ausdrückliche Bemerkung der Motive, daß die Vorschrift des § 497 der Aufrechterhaltung des in diesem Interesse festgesetzten Instanzenzugs dienen solle, schon allein aus der Statuirung der Officialprüfung zu entnehmen sein, bestünde auch das hierdurch zu sichernde öffentliche Interesse vorwiegend nur darin, die prozeßleitende Thätigkeit des Gerichts sowenig als möglich mit Berufungen zu behelligen, bei denen es ausschließlich in die Willkür des Gegners gestellt sein würde, ob sie Gegenstand materieller Entscheidung werden sollen.

Die Hauptberufung der Klägerin war sonach als unzulässig zu verwerfen.

2.

Soweit die Klägerin es unternommen hat, die mit ihrer Berufung hinfällig gewordenen Anträge durch Anschließung an die Anschlußberufung des Beklagten wiederaufleben zu lassen, könnte es *fraglich* erscheinen, ob diese Anschließung als zulässig zu erachten sei, wenn der Anschlußberufung des Beklagten die Eigenschaft einer selbstständigen Berufung nur deshalb beizulegen wäre, weil sie innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist — nach § 483 Abs. 2 der

CPO. — Die Meinungen der Commentatoren, soweit sie sich mit dieser Frage befassen, sind getheilt. Die Mehrzahl nimmt an, daß die Anschlußberufung im Falle des § 483 Abs. 2 ihres unselbstständigen Charakters entkleidet sei und im Mangel einer gesetzlichen Beschränkung in jeder Beziehung einer von Haus aus eingelegten Hauptberufung gleichgestellt werden müsse. Sie lassen daher nach der Regel des § 482 die Anschließung hier wiederum den Gegenstand einer Anschließung bilden und zwar entweder unbeschränkt,

vgl. Hellmann, Bd. II. S. 401,
Gaupp, Bd. II. S. 499,
Petersen, Bd. II. S. 339 nota 2,

oder unter Ausschluß des Falls der Rücknahme, beziehungsweise des Verzichts auf die Hauptberufung, da die Zulassung hier eine unstatthafte Umgehung des § 476 Absatz 3 enthalten würde,

vgl. Puchelt, Bd. II. S. 326,
Seuffert, S. 551,
v. Sarwey, Bd. I. S. 667,
Struckmann und Koch, II. Aufl. S. 403 nota 3;

die Minderheit endlich verneint die Zulässigkeit der Anschließung überhaupt,

vgl. Kleiner, Bd. II. S. 529,
Endemann, S. 411, 412,
v. Wilmowski und Levy, II. Aufl. S. 574, 575.

Die ausdehnende Auslegung hat den Wortlaut des Gesetzes für sich und auch die Motive zu § 461, 462 des Entwurfs,

(Ausgabe von Kortkampf S. 516),

welche schlechthin den Satz aufstellen, daß in dem vorausgesetzten Falle die sonst bloß vorbereitende Erklärung der Anschließung (im Schriftsatze) die erhöhte Bedeutung der eigenen Berufung habe und sofern diese Unabhängigkeit beansprucht werde, auch die Zulässigkeit der Berufung selbstständig zu prüfen, nur die besondere Ladung zur mündlichen Verhandlung entbehrlich sei, scheinen davon auszugehen, daß die Selbstständigkeit der Anschlußberufung sich — abgesehen vom Ladungserfordernisse — nach allen Seiten äußere. In der anderen Richtung könnte ein Gewicht darauf gelegt werden, daß die Vorschrift in § 483 Abs. 2 der CPO. nur einen Absatz

des genannten Paragraphen bildet, sofern hiernach ihre Auslegung sich untrennbar an die des vorausgehenden Absatzes knüpfte und in diesem Zusammenhange jene Bestimmung unter den Gesichtspunkt einer streng zu interpretirenden gesetzlichen Fiction zu Gunsten des Berufungsbeklagten fiele, dem sie nach Ausspruch der Motive gegenüber dem in Absatz 1 ausgedrückten Principe der accessorischen Natur der Anschlußberufung deren Fortbestand sichern soll, — also die innerhalb der Berufungsfrist unter Wahrung aller Erfordernisse der selbstständigen Berufung erklärte Anschlußberufung immer keine selbstständige Berufung sein und die Bedeutung einer solchen eben nur auf dem Wege der Fiction gewinnen würde, welche letztere auf den ihrem Zusammenhange nach beabsichtigten gesetzgeberischen Zweck (Aufrechterhaltung der Anschließung) beschränkt bleiben müßte.

Im vorliegenden Falle braucht jedoch diesen Gegensätzen nicht weiter nachgegangen zu werden. Denn aus der bereits oben wiedergegebenen Fassung des Schriftsatzes des Beklagten ist zu entnehmen, daß er gegen das Instanzurtheil direct Berufung einzulegen beabsichtigt hat, während die beigefügten Worte: „im Wege des Anschlusses" nur den vorbereitenden Vorbehalt ausdrücken, geeigneten Falls und seiner Zeit gegenüber der Berufung der Klägerin auch von dem Anschließungsrechte Gebrauch zu machen. Unter diesem Gesichtspunkte hat die formelle Zulässigkeit der Anschließung der Klägerin einem Bedenken nicht unterliegen können.

21.

Ablehnung eines Sachverständigen wegen „Besorgniß der Befangenheit"; §§ 371, 42 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 13. Decbr. 1882 no. 307 I. C. 1882.

In Sachen des Baumeisters B., Klägers, gegen die verw. D. in D., Beklagte, hat die gegen den Beschluß des LG. D. vom 1. November 1882 Seiten der Beklagten rechtzeitig eingewendete sofortige Beschwerde als unbegründet nicht angesehen werden können.

Durch die der Beschwerdeschrift lt. Bl. der Acten Cg. I. 421/81 beigefügte schriftliche Bescheinigung des Rechtsanwalts

Schl. zu D. ist nach § 266 CPO. hinreichend glaubhaft gemacht, daß der vom genannten Landgerichte als Sachverständiger erwählte Baumeister H. zu D. in Folge einer von ihm früher vorgenommenen privaten Besichtigung der bei gegenwärtigem Prozesse in Betracht kommenden Baulichkeiten gegen den Rechtsanwalt Schl. außergerichtlich bereits eine gutachtliche Auslassung abgegeben hat, nach welcher er die von der Beklagten geltend gemachten Einwendungen gegen die Klage für aussichtslos erachtet. Unter diesen Umständen kann es der Beklagten nicht verargt werden, wenn sie volles Vertrauen in die Unbefangenheit des erwählten Sachverständigen nicht setzen zu können erklärt. Denn es liegt in der menschlichen Natur begründet, daß Derjenige, welcher auf Grund seinerseitiger Sachprüfung ein Urtheil einmal ausgesprochen hat, geneigt sein wird, dasselbe auch nachher zu vertreten, um den Vorwurf, es mit der Sache nicht genau genommen zu haben, nicht auf sich zu laden und daher nur mit Widerstreben zu einer Berichtigung oder Abänderung seines früheren Ausspruchs sich entschließen wird. Dies erscheint als ein nach § 371 jct. § 42 CPO. ausreichender Grund, die Besorgniß der Befangenheit, also ein gewisses Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Sachverständigen zu rechtfertigen. Im norddeutschen Entwurfe einer Prozeßordnung war auch das Ertheilen eines Rathes oder Gutachtens in der Sache unter den Gründen für Ablehnung eines Richters und resp. Sachverständigen mit aufgeführt und wenn schon sodann in der CPO. von Aufzählung einzelner Beispiele von Ablehnungsgründen ganz abgesehen worden ist: so ist dies doch nicht deshalb geschehen, weil man etwa die aufgeführten einzelnen Ablehnungsgründe nicht für zutreffend angesehen hätte, sondern nur weil man annahm, daß eine solche Specialisirung niemals erschöpfend sein könne und deßhalb nur bewirken würde, daß die übergangenen Fälle gegen die speciell hervorgehobenen von geringerer Bedeutung erscheinen würden,

vergl. die Commentare zur CPO. von Struckmann, und Koch, edit. II. S. 32 nota 1 zu § 42 und von v. Sarwey, Bd. 1 S. 89 nota 1 und 3 zu § 42.

In Beachtung der Beschwerde wird daher der angefochtene Beschluß aufgehoben und dem Prozeßgerichte gemäß § 538 CPO.

übertragen, an Stelle des Baumeisters H. in D. eine andere geeignete Persönlichkeit als Sachverständigen zu wählen.

22.

Tragweite des in § 77 der CPO. dem Prozeßbevollmächtigten eingeräumten Substitutions-Befugnisses.

Urtheil des OLG.'s (III. Sen.) vom 15. Decbr. 1882 no. 98 O. III. 1882.

Aus den Entscheidungsgründen.

Zwar könnte man aus § 77 der CPO. („Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen, den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen ꝛc.; zur Bestellung eines Vertreters, sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen ꝛc.) entnehmen wollen, daß der Prozeßbevollmächtigte es in seiner Macht habe, einen Vertreter vollständig an seine eigene Stelle zu setzen mit der Wirkung, daß nunmehr ein Auftragsverhältniß (das Verhältniß einer Prozeßbevollmächtigung) zwischen der Partei und dem Nachbevollmächtigten selbst entstehe, ein Verhältniß, welches von der Person des Nachvollmachtgebers (Substituenten) ganz unabhängig sei und mithin auch fortbestehe, wenn selbst der Letztere mit Tode abgehe oder sonst zur Vertretung der Partei unfähig werde. Es haben auch einige Commentatoren der Civilprozeßordnung, wenn schon sie nicht geradezu den vorstehenden Satz aussprechen, aus dem Substitutionsbefugniß des Prozeßbevollmächtigten sehr weitgehende Folgerungen gezogen und insbesondere die Ansicht aufgestellt, daß der vom Prozeßbevollmächtigten ernannte Vertreter (d. h. der für die erste Instanz ernannte Nachbevollmächtigte, denn die Ernennung eines „Bevollmächtigten für die höheren Instanzen" hat ihre eignen, aus der Natur der Sache sich ergebenden Gesichtspunkte), wenn er für den ganzen Prozeß, für die ganze erste Instanz (im Gegensatz zu einzelnen Prozeßhandlungen) ernannt worden sei, als der eigentliche Prozeßbevollmächtigte behandelt werden müsse,

vergl. Hellmann, Abth. I. p. 284,
Puchelt, I. p. 300,
Petersen, Bd. I. p. 227,

während Andere, z. B.

Endemann, Bd. I p. 372,

der Ansicht sind, daß der Prozeßbevollmächtigte einen Substituten nur für einzelne, in derselben Instanz vorzunehmende Prozeßhandlungen ernennen, nicht aber die ganze Prozeßvollmacht für dieselbe Instanz auf einen Anderen übertragen könne,

Struckmann und Koch dagegen (Auflage 3 p. 70, 71;) die Ernennung eines Nachbevollmächtigten zwar für die ganze Instanz zulassen, aber dabei betonen, daß der Substituent alsdann immer noch der eigentliche Bevollmächtigte bleibe.

Welcher Ansicht man aber auch beistimmen wollte, so würde man doch immer daran festzuhalten haben, daß bei der Bestellung eines Nachbevollmächtigten präsumtiv nur von der Absicht ausgegangen wird, demselben ein von der Person des ursprünglichen (des Haupt-) Bevollmächtigten abgeleitetes Recht zu geben. Möge der Umfang der Nachvollmacht sein, von welcher Art er wolle, möge der Substitut die eigne Vollmacht „in allen Punkten und Clauseln" (wie in der hier vorliegenden Substitutionsvollmacht Bl. der erstinstanzlichen Arten gesagt ist) oder nur für einige bestimmt bezeichnete Prozeßacte auf einen Anderen übertragen: so ist dies doch immer ein anderes Rechtsgeschäft, als die in § 80 der CPO. besonders hervorgehobene Ernennung zweier selbstständiger Prozeßbevollmächtigter, welche berechtigt sein sollen, sowohl gemeinschaftlich, als auch einzeln die Partei zu vertreten. Ein Rechtsverhältniß, wie es im nurgedachten Fall des § 80 geschaffen wird, kann dadurch, daß ein Prozeßbevollmächtigter von dem ihm in § 77 ertheilten Substitutionsbefugniß Gebrauch macht, nicht entstehen; ein solches kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben; die Verschiedenheit beider Fälle tritt sofort deutlich vor das Auge, wenn man erwägt, daß bei Ausstellung einer Nachvollmacht gewiß nicht daran gedacht und nicht beabsichtigt wird, es sollten einmal beide Vertreter, der Substituent und der Substitut, gleichzeitig und gemeinschaftlich für die Partei handeln, wie es im Fall des § 80 geschehen kann. Vielmehr soll der Substitut — wie schon aus dem Wortlaut des § 77 zu entnehmen ist — nur der „Vertreter" des Prozeßbevollmächtigten sein und, wie weit man auch den Umfang des Vertretungsbefugnisses ausdehnen mag, so muß dasselbe doch von selbst hinwegfallen, wenn Derjenige, welcher vertreten werden soll (der

Prozeßbevollmächtigte), nicht mehr vertreten werden kann. Wird also der Letztere zur Ausübung seiner Function unfähig (z. B. durch Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft) oder geht er mit Tode ab, so ist auch die Substitutionsvollmacht als erloschen anzusehen. — Bei dieser Sachlage würde darauf, welche Eigenschaft der Rechtsanwalt T. sich bei seinem Auftreten im Rechtsstreit bei Lebzeiten des Rechtsanwalts S. beigelegt habe, gar nichts ankommen; es geht aber zum Ueberfluß aus den erstinstanzlichen Acten (s. den obigen Thatbestand) hervor, daß er sofort im ersten Verhandlungstermin nur in überreichter „Nachvollmacht*) für den Beklagten verhandelt hat.

23.

Einwendung sofortiger Beschwerde vor Zustellung des beschwerlichen (nicht verkündeten) Beschlusses, unzulässig; §§ 294, 537, 540, 477, 2 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 21. Decbr. 1882 no. 316 I. C. 1882.

In der beim Amtsgerichte W. anhängigen Rechtssache, betreffend die Zwangsversteigerung der dem Müller H. C. H. F. gehörigen beiden Grundstücke Fol. 52 und 53 des Grund- und Hypothekenbuchs für L., wird die von genanntem F. gegen den Beschluß des Landgerichts Z. vom 8. November 1882 bei diesem Landgerichte rechtzeitig eingewendete anderweite sofortige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Mit Recht ist die vorige Instanz davon ausgegangen, daß das gegen den, Bl. flg. der Acten ersichtlichen Beschluß des Amtsgerichts W. vom 30. September 1882 Seiten F.'s Bl. eingewendete Rechtsmittel der „Berufung und Beschwerde," da dieser Beschluß als eine im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgte Entscheidung sich darstellt, nach § 701 CPO. als sofortige Beschwerde zu beurtheilen sei. Ebensowenig aber läßt es sich mißbilligen, daß die vorige Instanz das gedachte Rechtsmittel wegen bisjetzt unterbliebener Zustellung jenes Beschlusses an F. als unzulässig nach § 537 CPO. verworfen hat. Denn da im

*) des Rechtsanwalt S. D. R.

Mangel dieser Zustellung der obige amtsgerichtliche Beschluß gegen F. überhaupt noch nicht in Wirksamkeit getreten ist und mithin auch die Frist für Einwendung einer sofortigen Beschwerde dagegen für F. zur Zeit noch nicht zu laufen begonnen hat,

s. §§ 294, 540 der CPO. und Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 3 S. 376,

so kann jenes Rechtsmittel, in analoger Anwendung der Vorschrift in § 477 Abs. 2 der CPO., als zulässig nicht angesehen werden. Wollte man dies nicht annehmen und das vorzeitig eingelegte Rechtsmittel als statthaft behandeln, so würde der Fall eintreten können, daß in Folge einer etwaigen späteren Zustellung jenes Beschlusses und des dadurch herbeigeführten Beginns der in § 540 der CPO. gedachten Frist die nochmalige Einlegung einer sofortigen Beschwerde gegen den nämlichen Beschluß ermöglicht würde.

24.

Die in § 13 Ziffer 4 der GO. für Rechtsanwälte geordnete Beweisgebühr wird nur verdient durch Mitwirkung des Rechtsanwalts in dem zur Beweiserhebung angesetzten Termine.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 17. Januar 1883 no. 1 I. C. 1883.

Auf die sofortige Beschwerde, welche in Sachen der Handelsgesellschaft unter der Firma S. und W. in B., vertreten durch ihre alleinigen Theilhaber Felix S. und Hermann Daniel W. daselbst, Klägerin, gegen den Kaufmann S. H. J. in L., Beklagten, die Erstere Bl. der Acten unter .... gegen den Bl. ersichtlichen Kostenfestsetzungsbeschluß der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts zu L. eingelegt hat, wird dem ersten Beschwerdeantrage entsprechend dieser Beschluß dahin abgeändert, daß der darin auf 15 M. festgesetzte Betrag der von dem Beklagten an die Klägerin zu erstattenden Kosten unter Abstrich der Bl. an dritter Stelle angesetzten Beweisgebühr an 4 M. 20 Pf. auf 10 M. 80 Pf. herabgemindert wird.

Zu der „Vertretung in einem Beweisaufnahmeverfahren," für welche durch § 13 unter 4 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte eine besondere Vergütung — die Beweisgebühr — festgesetzt ist, ge-

hört schon dem Wortlaute nach diejenige Thätigkeit des Rechtsanwalts nicht, welche mit den nach dem Sprachgebrauche der gesetzlichen Vorschriften von dem gesammten Verfahren unterschiedenen Prozeßabschnitten: einerseits der Beweisanordnung (vgl. § 18 unter 2, § 22, § 24 des Gerichtskostengesetzes), andererseits der Verhandlung über die Beweisergebnisse (vgl. § 17 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte) in Zusammenhange steht. Allein auch mit dieser Beschränkung läßt die Thätigkeit des Prozeßbevollmächtigten eine Scheidung in die Mitwirkung bei dem zur Aufnahme des Beweises anberaumten Termine und in andere Bemühungen zu, welche durch die Erledigung der Beweisanordnung veranlaßt werden. Die von der vorigen Instanz befolgte Ansicht, daß für eine Thätigkeit ausschließlich der letzteren Art dem Prozeßbevollmächtigten die Beweisgebühr zuzubilligen sei, also auch wenn derselbe bei der Beweisaufnahme selbst sich nicht betheiligt habe, würde zu dem Ergebnisse führen, daß jene Gebühr sogar dann zulässig wäre, wenn nach einer vorbereitenden Thätigkeit des Rechtsanwalts nachmals die Beweiserhebung nicht stattgefunden hätte, obwohl in diesem Falle von einem Beweis*aufnahme*verfahren und einer Vertretung darin nicht wohl die Rede sein könnte. Jene Auffassung wird aber auch durch die Vorschriften in § 45 der angez. Gebührenordnung widerlegt. Darnach steht die Beweisgebühr dem mit der Vertretung beauftragten Anwalte zu, wenn seine Thätigkeit sich auf die Vertretung *in* einem nur zur Beweisaufnahme bestimmten *Termine* beschränkt hat, und dieser Fall wird als der *gleiche* bezeichnet, in welchem dem Prozeßbevollmächtigten — also gemäß § 13 unter 4 cit. — jene Gebühr zustehe. Daneben, mithin voraussetzlich für alle sonstigen Bemühungen, wird unter der bezeichneten Voraussetzung dem Vertretungsbevollmächtigten eine antheilige *Prozeß*gebühr und zwar selbst dann zugebilligt, wenn der Auftrag vor dem Termine erledigt wird. Ebenso hat gemäß § 22 des Gesetzes in den dort bezeichneten Fällen der Rechtsanwalt außer einer antheiligen Prozeß- und Verhandlungsgebühr die Beweisgebühr nur im Falle der „Vertretung *bei* der Beweisaufnahme" zu erhalten. Aus diesen sämmtlichen Bestimmungen des Gesetzes ist mit voller Bestimmtheit zu folgern, daß nach § 13 unter 4 cit. auch dem Prozeßbevollmächtigten die Beweisgebühr nur für die Mitwirkung in dem

zur Beweiserhebung angesetzten Termine zustehen und seine im Uebrigen aus Anlaß der Beweisaufnahme entwickelte Thätigkeit als durch die ihm zukommende volle Prozeßgebühr mitvergolten anzusehen sein soll. Dem Rechtsanwalte der Klägerin steht demnach ein Anspruch auf die Beweisgebühr nicht zu, da er zufolge Bl. in dem Termine zur Abnahme des dem Kaufmann Hermann Daniel W. durch den Beweisbeschluß Bl. auferlegten Eides nicht zugegen gewesen ist.

25.

Zurückweisung des Antrags auf Erlassung eines Versäumnißurtheils durch Beschluß nicht zulässig, wenn nicht einer der drei in § 300 der CPO. gedachten Spezialfälle vorliegt.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 7. Febr. 1883 no. 12 I. C. 1883.

Die sofortige Beschwerde, welche in Sachen des Kaufmanns Eduard G. in L., Klägers, wider den Kaufmann G. O. in L., Beklagten, der Erstere Bl. der Acten unter . . . gegen den Bl. ersichtlichen, seinen Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils gegen den Beklagten zurückweisenden Beschluß der Kammer für Handelssachen bei dem Amtsgerichte zu Z. eingelegt hat, ist begründet.

Das Prozeßgericht hat den Erlaß des Versäumnißurtheils ausschließlich um deswillen abgelehnt, weil es gemäß § 70 Abs. 1 verb. § 23 unter 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes sachlich unzuständig sei. Allein die Entscheidung über den Antrag auf Versäumnißurtheil darf ausnahmsweise durch einen zurückweisenden Beschluß nur dann ertheilt werden, wenn einer der in § 300 der CPO. unter 1 bis 3 bezeichneten Mängel vorliegt, welche durch die Thätigkeit des Antragstellers beseitigt werden können und bis zur Beseitigung zwar die Erlassung des beantragten Urtheils hemmen, nicht aber die Anhängigkeit des Rechtsstreits und die Befassung des Prozeßgerichts mit demselben zu beenden geeignet sind.

Auf ein Sachverhältniß dieser Art ist der angefochtene Beschluß nicht gestützt, insbesondere hat das Prozeßgericht sich nicht darauf bezogen, daß es vom Kläger eine Nachweisung in Betreff eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erfordert und der Kläger

dieselbe zu beschaffen nicht vermocht habe. Gelangte aber die Kammer für Handelssachen zu der Annahme, daß ihr nach den vom Kläger vorgetragenen thatsächlichen Unterlagen die sachliche Zuständigkeit zur Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits bedingungslos abgehe, so war die hierauf beruhende Entscheidung nicht in der Form einer prozeßleitenden Verfügung, sondern, da der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif war, mittels Endurtheils (§ 272 der CPO.) zu erlassen, an dessen Ertheilung der Kläger, abgesehen noch von den Vorschriften in § 36 unter 6 der CPO., schon um deswillen ein Interesse hat, weil er erst im Wege des Rechtsmittels gegen das Urtheil eine in das Sachliche eingehende Entscheidung der höheren Instanz herbeizuführen im Stande ist.

Demgemäß ist der angefochtene Beschluß aufzuheben, auf diesen Ausspruch aber auch die Entscheidung über das Rechtsmittel zu beschränken. Namentlich kann die nach vorstehenden Erwägungen dem künftigen Endurtheile zufallende Frage, ob das gegen die sachliche Zuständigkeit der Handelskammer angeregte Bedenken an sich und auch nach Ertheilung der von dem Kläger bereits in der Klage erwähnten Entscheidung des Amtsgerichts zu L., ungeachtet der Bestimmung in § 11 der CPO., noch begründet sei, nicht aus Anlaß der eingelegten Beschwerde zum Austrage gebracht werden.

26.

Zur Entscheidung der Frage über die Erstattungsfähigkeit von Schreiblöhnen für Urkunden-Abschriften im Prozesse; § 122 der CPO.*)

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 13. Febr. 1883 no. 18 I. C. 1883.

In Sachen der Sparkasse zu D., Klägerin, gegen den Hausbesitzer H. in G., Beklagten, wird die von ersterer gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Landgerichts F. vom 11. Januar 1883 rechtzeitig eingewendete sofortige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen und hat die Klägerin nach § 92 Abs. 1 der CPO. und § 45 des Gerichtskostengesetzes die Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels zu tragen.

---

*) Zu vergl. diese Annalen Bd. III. S. 529.

Denn die Vorschrift in § 122 Abs. 1 der CPO., wonach dem vorbereitenden Schriftsatze die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatze Bezug genommen wird, in Urschrift oder Abschrift beizufügen „sind“, wird, — wie vom Oberlandesgerichte schon wiederholt in ähnlichen Fällen ausgesprochen worden ist, — durch die Bestimmungen in § 122 Abs. 2, 3, nach denen, falls nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht kommen, die Beifügung einer Abschrift und, wenn die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange sind, die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren, genügen soll, in der unzweideutig aus dem Gesetze erhellenden Absicht wieder eingeschränkt, die abschriftliche Beifügung von Urkunden den Parteien, unter den angegebenen Voraussetzungen, zu ersparen. Auch erscheint es nicht zweifelhaft, daß diese einschränkenden Bestimmungen zu Gunsten beider Parteien, insbesondere auch zu Gunsten desjenigen Theiles, welcher schließlich die Prozeßkosten zu tragen hat und nicht blos im Interesse und zur Erleichterung der den Schriftsatz einreichenden Partei getroffen worden sind. Der unterliegende Theil hat nach § 87 Abs. 1 der CPO. ein gesetzliches Recht darauf, daß die Erstattung der dem Gegner erwachsenen Kosten ihm nur insoweit angesonnen wird, als dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren; er ist also wesentlich daran interessirt, daß vom Gegner nicht Schreiblöhne für Urkundenabschriften aufgewendet werden, welche nach Obigem als unnöthig erspart werden konnten. Dies gilt im vorliegenden Falle, welcher nicht im Urkundenprozesse verhandelt und daher von der gebietenden Vorschrift in § 556 Satz 2 der CPO. nicht betroffen worden ist, von den der Klage angefügten Abschriften der in Klagbeilage I. II. ersichtlichen Urkunden zunächst schon insofern, als sie von bedeutendem Umfange sind; sie umfassen zusammen 48 Seiten. Ueberdies aber bestehen dieselben ausschließlich aus gerichtlich anerkannten, erst im Jahre 1881 ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibungen des Beklagten mit angefügten gerichtlichen Recognitionsscheinen über Eintragung der Schuldbeträge auf dem für diese verpfändeten Grundstücke des Beklagten. Beide Urkunden sind also öffentliche, welche der Beklagte voraussetzlich nicht ableugnen konnte

und bezüglich deren, bei der großen Einfachheit der Sache, schon an sich eine blose genaue Bezeichnung in der Klage unter dem Erbieten, Einsicht in dieselben zu gewähren, um so gewisser ausgereicht haben würde, als die Klägerin im vorliegenden Prozeßverfahren, falls Beklagter wider alles Vermuthen die Urkunden hätte bestreiten wollen, sofort in der Lage gewesen sein würde, den Beweis der Klage durch Vorlegung der Originalurkunden zu führen. Dies aber ist hier zugleich um deswillen ausschlaggebend, weil die Urkunden nach Obigem dem Beklagten bekannt sein mußten und, soviel die Recognition über erfolgte Eintragung der Schuldbeträge im Grund- und Hypothekenbuche betrifft, zufolge der eigenen gerichtlich anerkannten Verpfändungserklärungen des Beklagten und seiner dabei gestellten Anträge auf Eintragung der Verpfändungen und auf Ausstellung von Recognitionsscheinen darüber, ebenfalls als ihm unbekannt nicht anzusehen waren. Es konnte daher nicht mißbilligt werden, daß die vorige Instanz die Schreiblöhne für jene Urkundenabschriften an 4 M. 80 Pf. in der Kostenberechnung vom 4. Januar 1883 gestrichen und der Klägerin deshalb einen Antheil an den Kosten des Festsetzungsverfahrens mit 30 Pf. auferlegt hat. Die Bezugnahme der Klägerin auf die frühere, in Wengler's Archiv Jahrgang 1881 S. 311 no. 2 abgedruckte Entscheidung des Oberlandesgerichts konnte hieran etwas nicht ändern, weil bei letzterer es sich nicht um die Frage, ob die dort erwähnten Abschriften von Urkunden zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig gewesen seien, sondern lediglich um die Zahl der an die mehreren Beklagten zuzustellen gewesenen Exemplare der Klagschrift nebst Beilagen gehandelt hat.

27.

Schreiblöhne und andre Auslagen des Rechtsanwalts unterliegen nach den aus § 87 Abs. 1 der CPO. zu entnehmenden Grundsätzen der Festsetzung, ungeachtet der in Abs. 2 des nämlichen § getroffenen Bestimmung. —

Fall der Erstattungsfähigkeit von Schreiblöhnen für Anlagen zur Klagschrift.*)

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 15. Februar 1883 no. 18 I. C. 1883.

In Sachen .... hat die gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Landgerichts F. vom 22. Januar 1883 Seiten der Klägerin eingewendete sofortige Beschwerde als unbegründet nicht angesehen werden können.

Zwar irrt die Klägerin in der Annahme, daß nach § 87 Abs. 2 der CPO. die sämmtlichen von dem Rechtsanwalte der obsiegenden Partei berechneten Auslagen, dafern sie nur glaubhaft gemacht würden, Seiten der unterliegenden Partei auf Grund des der Letzteren die Tragung der Prozeßkosten auferlegenden Urtheils ausnahmslos zu erstatten seien und daß im Kostenfestsetzungsverfahren darüber, ob und inwieweit diese Auslagen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig gewesen und deshalb erstattbar seien oder nicht, überhaupt *nicht* entschieden werden dürfe. — Vielmehr hat durch die obige Gesetzesvorschrift, wonach die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei in allen Prozessen zu erstatten sind, das in § 87 Abs. 1 der CPO. gedachte freie Ermessen des Gerichts eine Einschränkung nur insofern erfahren, als darnach: *die Annahme eines Anwalts* und der hierdurch entstehende Kostenaufwand in allen Prozessen schlechthin als zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig angesehen werden soll. Dagegen gilt auch für die von dem Rechtsanwalte berechneten Kosten der in § 87 Abs. 1 ausgesprochene Grundsatz, daß die unterliegende Partei die dem Gegner erwachsenen Kosten *nur soweit zu erstatten* hat, als dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren, und zur Entscheidung hierüber ist, da das in der Sache ergehende Urtheil nur im Allgemeinen *über die Verpflichtung die Prozeßkosten zu tragen*, zu erkennen hat (§ 279 Abs. 2 verbunden mit § 87 Abs. 1 der CPO.), das Kostenfestsetzungsverfahren, welches es *mit Prüfung* der auf Grund des Urtheils

---

*) Zu vergl. diese *Annalen* Bd. III. S. 529 und die vorhergehende Nummer.

zur Erstattung berechneten Kostenansätze zu thun hat, vorwiegend bestimmt, wie in den Motiven zur CPO. sich hervorgehoben findet,

f. v. Sarwey, Commentar 2c. Bd. 1 S. 168 flg. not. 5 zu § 87 u. S. 181 flg. not. 1 zu § 98.

Man würde auch, wollte man dies nicht anerkennen, zu dem vom Gesetze nach dem in § 87 Abs. 1 bestimmt ausgesprochenen Grundsatze offenbar nicht gewollten Ergebnisse gelangen, daß Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei, dafern sie nur thatsächlich aufgewendet und glaubhaft gemacht seien, von der unterliegenden Partei selbst dann erstattet werden müßten, wenn dieselben völlig unnöthig und überflüssigerweise aufgewendet sind.

Allein die Klägerin ist durch den angefochtenen Beschluß insofern beschwert, als es im vorliegenden Falle sich um die Erfüllung eines mittels einer bloßen Privaturkunde (Klagbeilage Z.) abgeschlossenen Grundstückskaufs handelt und mithin die Beifügung einer Abschrift dieser Urkunde zu der Klage einen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig gewesenen Kostenaufwand, trotzdem die Urkunde dem Beklagten voraussetzlich im Allgemeinen bekannt sein durfte (§ 122 Abs. 3 der CPO.), doch um deswillen bildet, weil der Klaganspruch wesentlich von dem Wortlaute und resp. der Form der Urkunde abhängt; letztere muß also dem Gegner wie dem Gerichte Behufs der Prüfung und Beurtheilung mit der Klage nothwendig vorgelegt werden.

In Beachtung der Beschwerde wird daher der angefochtene Beschluß, soweit durch denselben die Schreibegebühren der Klagbeilage Z. gestrichen worden sind, hiermit aufgehoben 2c. 2c.

28.

Nach der Konkurseröffnung können zur Sicherung der Masse dienende einstweilige Anordnungen Seiten des Gerichts nicht mehr erlassen werden; auch in dieser Hinsicht liegt die Vertretung des zur Masse gehörigen Vermögens ausschließlich dem Konkursverwalter ob; KO. §§ 98 verbunden mit 107 u. 5.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 15. Febr. 1883 no. 23 I. C. 1883.

In Sachen, das zu dem Vermögen des Rittergutspachters R.

in N. eröffnete Schuldenwesen betreffend, wird die von dem Rechtsanwalt W. in S. als Konkursverwalter gegen den Beschluß des Landgerichts F. vom 5. Januar 1883 rechtzeitig eingewendete anderweite sofortige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen.

Bei dem von dem Konkursgerichte, dem Amtsgerichte L., auf den Antrag des Konkursverwalters vom 6./7. Dezember 1882 unter dem 7. desselben Monats gefaßten Beschlusse, das Königlich Preußische Amtsgericht W. um Sicherung der in dessen Bezirke befindlichen Bestandtheile der R.'schen Konkursmasse zu ersuchen, ebenso wie bei dem späteren Beschlusse des Konkursgerichts vom 21. Dezember 1882, durch welchen die von dem ersuchten Amtsgerichte W. nach Bl. Vol. der Akten .... an den Grafen v. W. zu M. rücksichtlich des auf den vier Hofegütern zu L., W., W. und Sch. befindlichen Inventars als Sicherheitsmaßregeln erlassenen Veräußerungsverbote aufrecht erhalten worden sind, — hat es thatsächlich nicht um eine der in § 98 der Konkursordnung angegebenen, zu Vorbereitung der Entschließung über Eröffnung des Konkurses nach Befinden zulässigen, auf die Sicherung der Masse gegen Verfügungen des Gemeinschuldners berechneten einstweiligen Anordnungen (s. Meisner, Commentar zur Konkursordnung S. 276 flg. zu § 98) sich gehandelt. Denn bereits am 30. November 1882 war nicht nur auf Antrag des Gemeinschuldners die Eröffnung des Konkurses beschlossen, sondern auch der Rechtsanwalt W. in S. als Konkursverwalter ernannt und mit Erlaß der vorgeschriebenen Bekanntmachungen, einschließlich des darin enthaltenen offenen Arrests (s. die §§ 102, 108 der Konkursordnung) verfahren worden. Zur Zeit, als auf Grund des Beschlusses vom 7. Dezember 1882 vom Konkursgerichte an das Amtsgericht W. das Ersuchen um Sicherung der in dessen Bezirke befindlichen Bestandtheile der Konkursmasse erging und von dem ersuchten Gerichte in Beachtung dieses Ersuchens jene Veräußerungsverbote erlassen wurden, war sonach das Konkursgericht nicht mehr in der Lage, auf Grund § 98 der Konkursordnung mit einseitiger Anordnung solcher einstweiligen Sicherungsmaßregeln vorzugehen. Vielmehr war es nunmehr, nachdem die Eröffnung des Konkurses bereits beschlossen war, nach § 107 jct. § 5 der Konkursordnung, wie auch in den Motiven zu diesem Gesetze ausdrücklich hervorge-

hoben wird, lediglich der bereits ernannte Konkursverwalter, welcher das gesammte zur Masse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners ohne Concurrenz des Gerichts selbstständig in Besitz und Verwaltung zu nehmen, auch dasselbe nebst den daran bestehenden Rechten des Gemeinschuldners nach außen ganz ausschließlich zu vertreten hatte und, falls er bei der Ausübung seiner Function und insbesondere bei der Besitzergreifung von Massebestandtheilen auf Hindernisse oder Widersprüche Seiten Dritter stieß, lediglich darauf angewiesen war, — wie dies auch der Gemeinschuldner selbst gewesen sein würde, dessen Rechte an dem zur Masse gehörigen Vermögen der Konkursverwalter für die Gläubigerschaft nach außen vertritt — gegen solche Dritte im regelmäßigen Prozeßverfahren vorzugehen und nach Befinden gemäß den §§ 796 flg. der Civilprozeßordnung Anträge auf Anordnung von Arresten oder einstweiligen Verfügungen bei den für solche zuständigen Behörden zu stellen, während dem Konkursgerichte vom Augenblicke der Konkurseröffnung an eine solche Vertretung der Masse nicht mehr zukam,

vergl. die Commentare zur Konkursordnung v. Sarwey's S. 512 flg., 518 flg. not. 2 zu § 108,
v. Wilmowski's edit. II. S. 74 flg. zu § 5, S. 362 flg. not. 1, 3 zu § 107 und S. 364. not. 1, 2 zu § 108,
Meißner's, S. 282 flg. zu § 107 flg.,
Hullmann's, S. 65 und 248 flg. zu den §§ 5 und 107 flg.,
Wengler's, S. 501 flg. zu § 107 flg., siehe auch
Wengler's Archiv, Jahrg. 1882 S. 12 flg.

Ein Antrag auf Anordnung eines Arrests oder einer einstweiligen Verfügung im Sinne der §§ 796 flg. der CPO. ist vom Konkursverwalter bei einer der nach den §§ 799, 816, 820 der CPO. zuständigen Behörden wider den Grafen v. W. nicht gestellt worden. Auch läßt sich nicht sagen, daß in Demjenigen, was auf den vom Konkursverwalter nach Bl. Vol. . . . . Actor. . . . . am 6./7. Dezember 1882 an das Konkursgericht gestellten Antrag Seiten des letzteren gethan worden ist, etwa blos eine, in Stellvertretung des Konkursverwalters unternommene Maßregel der Besitzergreifung an Bestandtheilen der Masse enthalten sei. Denn abgesehen noch davon, ob eine derartige Stellvertretung rechtlichen Bestand haben würde, kann

in Demjenigen, was geschehen ist, nach Obigem eine gesetzlich zulässige Besitzergreifungsmaßregel nicht gefunden werden, auch ist eine solche weder vom Konkursvertreter noch vom Konkursgerichte beabsichtigt worden. Vielmehr ist die Entschließung des letzteren, entsprechend dem an dasselbe gestellten Antrage des Konkursvertreters vom 6./7. Dezember 1882, lediglich auf Anordnung einstweiliger Sicherheitsmaßregeln gegangen und daß hierzu dem Konkursgerichte nach § 98 der Konkursordnung die Befugniß zu dem damaligen Zeitpunkte nicht mehr zustand, ist oben gezeigt worden. Es kann daher nur gebilligt werden, wenn das Landgericht F. auf die vom Grafen v. W. Bl. Actor.... rechtzeitig erhobene sofortige Beschwerde durch den angefochtenen Beschluß die vom Konkursgerichte unter dem 7. und 21. Dezember 1882 gefaßten Beschlüsse, da dieselben den gesetzlichen Vorschriften zuwiderlaufen und folglich nicht aufrecht erhalten werden können, ebendeshalb aufgehoben und das Konkursgericht angewiesen hat, das Amtsgericht W. um Zurücknahme der erwähnten Veräußerungsverbote zu ersuchen.

Hieran vermag die vom Konkursverwalter jetzt betonte Thatsache etwas nicht zu ändern, daß er wegen der großen Entfernung seines Wohnorts von dem Bezirke des Amtsgerichts W. die von ihm für nöthig erachtete Sicherung der daselbst befindlichen Massebestandtheile auf dem eingeschlagenen Wege am besten und zweckmäßigsten erreichen zu können geglaubt habe. Denn da der Konkurs bereits eröffnet war, bedurfte es, wie gezeigt, nicht erst einstweiliger Sicherungsmaßregeln, vielmehr war für die Masse in dem bekannt gemachten offenen Arreste (§ 102, 108 der Konkursordnung) sowie in dem dem Konkursverwalter zustehenden Anfechtungsrechte (§ 22 flg. der Konkursordnung) zunächst wenigstens ausreichender Schutz geboten, sodaß es für den Konkursverwalter nur darauf ankam, die Besitzergreifung an den auswärtigen Massebestandtheilen auf angemessene Weise und nach Befinden durch geeignete Stellvertreter zu betreiben.

29.

Die Restitutionsklage wegen neu aufgefundener Urkunden — § 543 unter 7b der CPO. — nur statthaft, wenn es sich dabei um Thatsachen handelt, welche vor dem Schlusse des frühern Verfahrens schon vorhanden waren.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 12. April 1883 no. 38 I. O. 1883.

Entscheidungsgründe.

Die Restitutionsklägerin verfolgt mit der auf die Bestimmung in § 543 unter 7b der CPO. gestützten Restitutionsklage den Zweck, gegenüber dem rechtskräftigen Urtheile des Oberlandesgerichts vom 4. Januar 1883, durch welches ihre Berufung wider das in erster Instanz erlassene, dem Klagantrage durchgehends entsprechende Endurtheil als unbegründet zurückgewiesen worden ist, den Einwand zur Geltung zu bringen, daß in der Zeit zwischen dem Schlusse der mündlichen Verhandlung über die gedachte Berufung und der Verkündung des Urtheiles zweiter Instanz von den Prozeßbevollmächtigten der Parteien auf dem Wege brieflicher Correspondenz ein außergerichtlicher Vergleich getroffen worden sei, der den anhängig gewesenen Prozeß zur vollständigen Erledigung gebracht habe. Durch die erhobene Restitutionsklage soll demnach einer Einrede Beachtung verschafft werden, welche die Restitutionsklägerin aus Vorgängen herleitet, die erst nach dem Schlusse der dem vorbemerkten Urtheile des Oberlandesgerichts zu Grunde liegenden mündlichen Verhandlung eingetreten und zur urkundlichen Verlautbarung gekommen sind. Eine derartige Einrede kann jedoch mit der in der angezogenen Gesetzesstelle gewährten Klage auf Wiederaufnahme des durch ein rechtskräftiges Endurtheil beendigten Verfahrens nicht geltend gemacht werden. Selbst wenn der von einzelnen Commentatoren der CPO. vertretenen Ansicht, daß die dort zugelassene Restitutionsklage nur in dem Falle stattfinde, wo die Thatsachen, zu deren Beweise die neu aufgefundene Urkunde dienen solle, in dem vorausgegangenen Prozesse bereits vorgebracht worden seien, nicht beizustimmen, sondern der entgegengesetzten Auffassung — zu vergl. die Citate über die betreffende Controverse in dem Commentare von Struckmann und Koch, Aufl. 4, S. 594, Anm. 9 — der Vorzug zu geben wäre, so ist doch jene Klage jedenfalls für solche

Einwendungen ausgeschlossen, welche auf Thatsachen beruhen, die erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf deren Grunde das rechtskräftige Endurtheil ergangen ist, zur Existenz und Beurkundung gelangt sind. Denn bei diesen Einwendungen schlägt der Gesichtspunkt der Restitution wegen neu aufgefundener Urkunden überhaupt gar nicht ein, da derselbe nach § 545 der CPO. das unverschuldete Versäumniß an der Benutzung einer Urkunde innerhalb des früheren Prozeßverfahrens voraussetzt, mithin für die Restitutionsklage aus § 543 unter Nr. 7 b der CPO., wie auch die daselbst erforderte Eigenschaft der Urkunde, daß mit Hülfe derselben eine günstigere Entscheidung für den Restitutionskläger zu erreichen gewesen sein würde, erkennen läßt, nur solche Urkunden in Betracht kommen können, die vor dem Schlusse des früheren Verfahrens schon vorhanden und über damals bereits eingetretene Thatsachen einen Nachweis zu liefern geeignet waren. Die Geltendmachung von Einreden aus Vorgängen, welche erst nach geschlossenem Prozeßverfahren stattgefunden haben, ist deshalb auch und zwar ohne Unterschied, ob diese Vorgänge urkundlich nachweisbar sind oder nicht, durch die speciellen Bestimmungen in § 686 der CPO. auf den Weg besonderer Klagerhebung bei dem Prozeßgerichte erster Instanz ausdrücklich verwiesen.

Demzufolge war die vorliegende Restitutionsklage, ohne daß es einer sonstigen Prüfung derselben bedurfte, als an sich unstatthaft anzusehen und daher gemäß § 552 der CPO. als unzulässig zu verwerfen.

Handels- (und Wechsel-) Recht.

5.

Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäftes — eines Commissions- bez. Speditions-Geschäftes — sammt der bisherigen Firma, aber ohne die Activa und Passiva; Fortbetrieb des Geschäftes unter der alten Firma Seiten des Erwerbers — unbefugter Gebrauch der letzteren? Zur Anwendung von Art. 23 und 27 des D. HGB.'s.

Urtheil des OLG.'s (IV. Sen.) vom 24. Octbr. 1882 no. 62 O. IV. 1882.

Thatsächlich steht fest:

Der am 5. Februar 1880 verstorbene Ehemann der Klägerin (und Berufungsklägerin) C. T. R. hat in seinem am 11. Februar 1880 publicirten Testamente unter Anderm verordnet, daß nach seinem Tode sein Geschäftsführer H. sein (des Erblassers) Speditions-Geschäft unter seiner (des Erblassers) Firma fortführe und erhalte, jedoch ohne die Activen und Passiven, welche seinem (des Erblassers) Nachlasse zugehören sollen und von ihm (H.'n) nur zu ordnen seien, in sein (des Erblassers) Geschäft als Inhaber eintrete, sowie, daß, dafern H. die Uebernahme des Geschäfts ablehnen würde, derselbe für treue Dienste im Geschäfte aus dem Nachlasse eine Vergütung von 2000 M. von den Erben ausgezahlt erhalten solle. Das Testament ist von der zur Universalerbin eingesetzten Wittwe, der gegenwärtigen Klägerin, sowie in Vertretung der hinterlassenen unmündigen Kinder, die von dem Erblasser auf bestimmte Summen eingesetzt worden sind, von dem Altersvormund mit obervormundschaftlichem Decret anerkannt und der Nachlaß darnach angetreten worden. Ebenso hat H. das ihm beschiedene Vermächtniß, und zwar die Befugniß zur Fortbetreibung des Speditionsgeschäftes unter der Firma des Erblassers, angenommen, und ist darauf mit Einwilligung der Klägerin und der Miterben im Handelsregister als Inhaber der Firma: C. T. R. eingetragen worden. Er hat sich den Erben gegenüber verpflichtet, eine vollständige Inventur des Geschäftes aufzustellen, die Geschäftsbücher zum Abschluß zu bringen und alle baaren Gelder, Werthpapiere, Schriften und sonstige zum Geschäfte

gehörigen Gegenstände an die Wittwe und an die Vormünder so schnell als möglich zu übergeben, was die letztern angenommen haben. H. hat im Mai 1880 den Mitbeklagten B. als Theilhaber aufgenommen und ist dieser als Mitinhaber der Firma im Handelsregister eingetragen worden und noch eingetragen.

Die Klägerin richtet ihren Anspruch auf Unterlassung weiterer Führung der Firma: E. T. R. wider die Beklagten H. und B. und auf Herbeiführung der Löschung der letztere als Firmeninhaber bezeichnenden Einträge im Handelsregister. — Sie stützt diesen Antrag darauf, daß die Uebertragung einer bestehenden Firma ohne gleichzeitige Uebertragung des betreffenden Handelsgeschäftes nach Art. 23 des HGB. unzulässig sei, daß die abweichende Verfügung des Erblassers und die Seiten der Erben erklärte Genehmigung des Eintrags des Beklagten H. als nunmeherigen Inhabers der Firma E. T. R. wegen Irrthums hinfällig, sie, die Klägerin zum Widerrufe dieser Genehmigung auch aus dem Grunde berechtigt sei, weil H. sich des Bl. geschilderten unredlichen Gebahrens schuldig gemacht habe, während der Klaganspruch gegen den Mitbeklagten B. sich weiter darauf gründe, daß derselbe vor seinem Eintritte in das Geschäft von dem Inhalte des R.'schen Testaments Kenntniß erlangt habe. —

Der Klagbegründung ist von den Beklagten allenthalben widersprochen worden.

Das Urtheil erster Instanz hat die Klage zurückgewiesen. Auf Berufung der Klägerin ist dieses Rechtsmittel vom OLG. als unbegründet zurückgewiesen worden. Im Nachstehenden die

Gründe:

Die Berufungsklägerin hat zur Rechtfertigung ihrer bezüglichen Beschwerde ausgeführt: Wie die letztwillige Bestimmung des verstorbenen R. klar darlege und auch aus den sonstigen Unterlagen sich ergebe, handle es sich in dem gegenwärtigen Falle darum, daß eine bestehende Firma ohne das Handelsgeschäft, für welches sie bisher geführt worden sei, auf einen Andern übergehen sollen. Dies sei nach Art. 23 des HGB.'s unzulässig und gegenüber dieser verbietenden Vorschrift die abweichende Bestimmung des Erblassers

ebenso rechtsunwirksam, wie die von ihr, der Berufungsklägerin, und ihren Miterben ausgesprochene Genehmigung in die Eintragung des Berufungsbeklagten als Inhabers der Firma E. T. R. Die angezogene Bestimmung des HGB.'s beabsichtige Täuschungen des Publikums vorzubeugen. Das letztere nehme an, daß, wenn eine bestehende Firma auf einen andern Inhaber übergehe, der letztre auch das Vermögen jener Firma, welches doch die Grundlage des von dem Publikum der Firma geschenkten Zutrauns und Credites bilde, erwerbe. Eine Veräußerung der Firma ohne die Activen verstoße daher gegen Treu und Glauben. Die Vorschrift in Art. 23 des HGB.'s enthalte unter diesen Umständen öffentliches Recht, welches durch Vereinbarung von Privaten nicht geändert werden könne. Es liege ferner eine Veräußerung des Handelsgeschäfts, wie sie Art. 23 fordere, auch dann nicht vor, wenn nicht die gesammten Activen übergingen, denn das Gesetz verlange Veräußerung des, also des ganzen Handelsgeschäfts. Wenn mithin im einzelnen Falle gewisse Bestandtheile des Activvermögens von der Veräußerung ausgeschlossen würden, so liege nur die Veräußerung eines Theiles des Handelsgeschäfts vor, und dies genüge nach dem Gesetze nicht. Sie, die Berufungsklägerin, habe ein wesentliches Interesse daran, daß die Firma ihres Erblassers nicht zu unredlichen Geschäften gemißbraucht werde, und diese Gefahr sei darin begründet, daß die Activen des Handelsgeschäftes ihres Erblassers nicht auf den Berufungsbeklagten H. übergegangen seien, es begründe aber auch das sonstige, ihrerseits dem Letzteren beigemessene unredliche Gebahren das geltend gemachte Klagrecht, dem Mitbeklagten B. gegenüber im Hinblick auf dessen Kenntniß von der in Frage befangenen testamentarischen Bestimmung. Die Berufungsbeklagten haben eingehalten: der Berufungsklägerin stehe das behauptete Klagrecht schon um deswillen nicht zu, weil sie in die Eintragung des Berufungsbeklagten H. als Inhabers der Firma E. T. R. gewilligt habe, sie erscheine daher zufolge der Bestimmung in § 118 des BGB.'s durch diesen Eintrag in ihren Rechten nicht verletzt, die Voraussetzung der in Art. 27 des HGB.'s gewährten Klage sei aber eine Verletzung der Rechte der klagenden Partei. Selbst hiervon abgesehen, so liege doch der Fall der Uebertragung einer Firma gesondert von dem

bisher unter solcher geführten Geschäfte nicht vor. Das Gesetz erfordere Uebertragung des Handelsgeschäfts, nicht des Handelsvermögens. Es sei daher nicht nothwendig Uebertragung der bis zum Zeitpunkte des Ueberganges der Firma für den bisherigen Inhaber erworbenen Activen. Namentlich sei die besondere Natur des einzelnen, in Frage befangenen Handelsgeschäftes ins Auge zu fassen. Je nach Verschiedenheit dieser besonderen Natur werde die Beantwortung der Frage, ob eine Veräußerung des Handelsgeschäftes vorliege, sich verschieden gestalten. Im gegenwärtigen Falle handle es sich um ein Speditionsgeschäft. Dies erfordere weder Vorräthe an Waaren und sonstigen Gegenständen, noch Außenstände, das Wesentliche sei die vorhandene Kundschaft. Es trete jedoch hier noch zu: die geschehene Ueberlassung der vorhandenen Lagergüter, der Erlaß des Circulars, der Fortbetrieb des Geschäfts in den früher von dem Erblasser benutzten Localitäten. Unstichhaltig seien auch die übrigen Gründe der Berufungsklägerin. Daß die Geschäftsführung des Mitbeklagten H. eine unlautere gewesen sei, sei nicht erwiesen. Wäre aber auch dieser Beweis erbracht, so würde doch in der Fortführung der Firma Seiten der Berufungsbeklagten kein unbefugter Gebrauch der Firma im Sinne des angezogenen Art. 27 liegen.

Die gegenwärtige Instanz hat sich den Ausführungen der Berufungsbeklagten im Wesentlichen anzuschließen gehabt.

Der vorliegende Klaganspruch stützt sich offenbar auf die Bestimmung in Art. 27 des Handelsgesetzbuchs. Dieselbe bezeichnet als Voraussetzung des hier gewährten Klagrechts eine Rechtsverletzung der klagenden Partei durch unbefugten Gebrauch einer Firma Seiten des Beklagten. Fehlt das Moment der Rechtsverletzung, ist der Gebrauch der Firma Seiten des Beklagten der klagenden Partei gegenüber ein befugter, so kann selbstverständlich von einem Klagrechte der letzteren nicht die Rede sein. Eine Rechtsverletzung liegt aber nicht vor, wenn die angeblich verletzende Handlung mit Einwilligung des Verletzten geschieht (§ 118 des BGB.'s); wer einen Andern zu einer gewissen Handlung ermächtigt, kann dieselbe nicht als eine ihm gegenüber unbefugte bezeichnen. Ob die von der Berufungsklägerin der Vorschrift in Art. 23 beigemessene Tendenz und Be-

deutung eine Nichtanwendung der ebengedachten Vorschriften für den Fall der Veräußerung einer Firma ohne das bezügliche Handelsgeschäft bedinge, erscheint sehr zweifelhaft. Das Gesetz spricht nicht aus, daß die entgegen seiner Vorschrift getroffenen Vereinbarungen der Betheiligten nichtig seien, gleichsam als nicht geschehen zu behandeln seien, und zwar unter den Betheiligten selbst, dergestalt, daß derjenige, welcher die Ermächtigung zur Führung der Firma gegeben hat, von dem Anderen auch Schadensersatz zu fordern berechtigt sei. Auch die angegebene Tendenz der erwähnten Gesetzesbestimmung fordert diese Folge nicht, ihr erscheint vielmehr dadurch vollkommen genügt, daß in einem nach Art. 23 zu beurtheilenden Falle die Registerbehörde in Gemäßheit der Vorschrift in Art. 26 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs gegen den unbefugten Firmengebrauch von Amtswegen einschreitet, und daß den durch diesen Firmengebrauch sonst etwa Verletzten das Klagrecht aus Art. 27 gewahrt bleibt. Wollte man aber selbst Bedenken tragen, dieser Ansicht beizupflichten, für welche sich übrigens

v. Hahn in seinem Commentare zum HGB. 3. Aufl. Bd. I. zu Art. 22 unter 2 § 5 S. 110

ausgesprochen hat, so würde doch der Berufungsklägerin jedenfalls die Erwägung entgegenstehen, daß der in Art. 23 erwähnte Fall hier gar nicht vorliegt.

Das hier gebrauchte Wort „Handelsgeschäft" darf keineswegs mit dem Worte „Handelsvermögen" identificirt werden. Das erstere hat eine wesentlich andere Bedeutung, wie schon daraus erhellt, daß mit dem Aufhören eines Handelsgeschäftes nicht von selbst eine Auflösung oder Vernichtung des dazu gehörig gewesenen Vermögens sich verbindet. Geht man mit der in den Entscheidungen des Bundesoberhandelsgerichts Bd. II. S. 46 flg. abgedruckten Entscheidung davon aus: der Kaufmann pflege unter dem „Handelsgeschäft" nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder mit einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes zu denken, bei deren Erwerb es ihm darum zu thun sei, daß der, welcher die Handlung bisher berieben, zurücktrete, diese Art des Geschäftes aufgebe, und daß er, der Erwerber, indem ihn jener bei seinen Handelsfreunden empfehle und das Ver-

trauen, welches derselbe bis dahin genossen, auf seinen Nachfolger zu übertragen bitte, die Verbindungen und Kundschaften erhalte, worin jener bisher gestanden, während es auf der Hand liege, daß die bisherigen Creditoren des Geschäftes bei dergleichen Aenderungen in der Person des Inhabers ihren Entschluß zum ferneren Creditgeben weniger von dem Namen der Firma, als von ihrer Ansicht über die Vertrauenswürdigkeit der Person des neuen Inhabers abhängig machen würden, so kann nicht zweifelhaft sein, daß im vorliegenden Falle in Wahrheit eine Uebertragung des dem verstorbenen R. gehörig gewesenen Handelsgeschäftes selbst auf den Beklagten H. stattgefunden habe, indem die vorgedachten kennzeichnenden Momente hier zutreffen. H. hat das Speditionsgeschäft in den von dem verstorbenen R. hierzu benutzten Räumlichkeiten unter der Firma des Letzteren fortgesetzt, und es sind, bevor er die Führung des Geschäfts für eigene Rechnung übernommen hat, von ihm und von der Klägerin Circuläre an die Geschäftswelt versendet worden, in welchen der Uebergang des R.'schen Speditions- und Commissionsgeschäfts an H. angezeigt wird, und in welchen die Klägerin die Bitte ausspricht, das ihrem verstorbenen Ehemanne geschenkte Wohlwollen und Vertrauen auf dessen Nachfolger zu übertragen. Das Circular bringt durch seine Fassung zugleich zum Ausdruck, daß die Klägerin — mindestens vor der Hand — nicht beabsichtige, selbst ein Speditions- und Commissionsgeschäft zu begründen. Die Thatsache, daß die Activen und Passiven des vom Erblasser betriebenen Geschäfts auf H. nicht übergehen sollten, würde nach den oben gedachten Grundsätzen ganz außerwesentlich sein.

Zu einem der Klägerin günstigeren Ergebnisse gelangt man aber auch dann nicht, wenn man das Handelsgeschäft als einen Complex von Sachen, Obligationen und verkehrsmäßigen Beziehungen und Verhältnissen zu dritten Personen auffaßt (vergl. Hahn, Comm. zu Art. 22 § 3, Endemann, Handelsrecht ed. 1 § 17 sub. II S. 86, Anschütz und Völderndorff, Commentar Bd. I. S. 192). Als ein Handelsgeschäft bezeichnet man diesen Complex, soweit er sich als ein lebendiger oder lebensfähiger Organismus darstellt. Von einer Uebertragung eines bestimmten Handelsgeschäftes wird so lange geredet werden können, als die Menge der auf den neuen Inhaber

übergehenden Bestandtheile dieses Organismus genügt, um diesen als fortlebend, mit anderen Worten, um den von dem neuen Inhaber eröffneten Geschäftsbetrieb als eine bloße Fortsetzung des Geschäftsbetriebes erscheinen zu lassen. Offenbar unrichtig ist es zu sagen, eine Uebertragung des Geschäfts liege nur dann vor, wenn sämmtliche Vermögenswerthe desselben, sämmtliche Passiven und sämmtliche commercielle Beziehungen auf den neuen Inhaber übertragen würden, sie sei nicht vorhanden, wenn auch nur eine einzige körperliche Sache, ein Stück Waare, oder ein einzelner Außenstand nicht mit übertragen werde. Die Frage, wie viel von den bezeichneten Bestandtheilen eines Handelsgeschäfts auf den neuen Inhaber übertragen werden müsse, damit von einem Uebergange des concreten Handelsgeschäfts die Rede sein könne, läßt sich nicht im Allgemeinen beantworten, sie entscheidet sich vielmehr nach der besonderen Beschaffenheit des einzelnen in Frage stehenden Geschäftes. Ihre Beantwortung wird verschieden ausfallen, je nachdem in dem Vermögenscomplexe des der Beurtheilung unterstellten Handelsgeschäftes die eine Gattung von Vermögenswerthen gegen eine andere Gattung derselben besonders hervortritt, sie wird z. B. eine abweichende sein müssen, je nachdem es sich um ein Waaren- oder um ein Agenturgeschäft handelt, indem bei dem ersteren es sich vorwiegend um körperliche Sachen, bei dem letzteren um persönliche Dienstleistungen handelt. In dem gegenwärtigen Falle steht ein Speditions-, bez. Commissionsgeschäft in Frage. Das Wesen desselben besteht in der Leistung kaufmännischer Dienste. Demzufolge liegt der hauptsächliche Werth eines solchen Geschäfts in einer ausgebreiteten Kundschaft, welche zu der Erwartung auf immer neue Aufträge und damit zu der Hoffnung auf einen nutzbringenden Fortbetrieb des Geschäfts selbst berechtigt. Bei Uebertragung eines Speditions- oder Commissionsgeschäfts ist daher die Einführung in die bestehende Kundschaft und die Ueberweisung der noch unerledigten Aufträge zur eigenen Ausführung der weitaus wichtigste und werthvollste Act. Von nicht geringem Werthe kann jedoch hierbei noch sein die gleichzeitige Ueberlassung der zum Betriebe des Geschäftes bisher benutzten Räumlichkeiten, indem nicht nur hierdurch einestheils der Fortbetrieb des Geschäfts thatsächlich erleichtert, anderentheils erfahrungsgemäß die Erhaltung der früheren Kundschaft ge-

fördert, sondern auch der ungestörte Fortbestand des alten Geschäftes in erhöhter Maße versinnlicht und dem Publikum vor die Augen geführt wird. Eigenthum an körperlichen Sachen kommt bei einem Speditionsgeschäft nur nebensächlich in Betracht, da der Spediteur zu seinem Geschäftsbetriebe nur eines verhältnißmäßig geringen Inventars bedarf. Die außenstehenden Forderungen hingegen erscheinen nur insofern von Bedeutung, als ihre Realisirung dem neuen Inhaber die ihm etwa sonst nicht zu Gebote stehenden baaren Mittel zu einem gedeihlichen Geschäftsbetriebe gewährt. Besitzt er diese Mittel, so bedarf er der außenstehenden Geschäftsforderungen des früheren Inhabers nicht. Der Erwerb derselben stellt sich daher für den Begriff einer Uebertragung des Handelsgeschäftes nicht als wesentlich dar. Es kann endlich nicht gesagt werden, das Interesse des Publikums erfordere, daß bei dem Uebergange eines Geschäfts sammt der Firma eine Uebertragung der Geschäftsactiven des früheren Inhabers auf den neuen Erwerber erfolge. Zunächst erscheint ein solches Interesse nicht oder nur in geringem Grade vorhanden bezüglich solcher Geschäfte, deren Betrieb in der Leistung von kaufmännischen Diensten besteht, bei denen es also vorzüglich auf die persönlichen Eigenschaften des Geschäftsinhabers, auf dessen Geschäftstüchtigkeit, Kenntniß, Gewandtheit und Redlichkeit ankommt, wie z. B. bei dem Speditionsgeschäft. Sodann aber ist bei Entscheidung der Frage, ob ein Uebergang eines bestimmten einzelnen Handelsgeschäftes auf einen neuen Inhaber stattgefunden habe, lediglich darauf zu sehen, was nach der besonderen Beschaffenheit dieses Geschäftes als dessen wesentlichster Bestandtheil und Hauptgrundlage für den Fortbetrieb sich darstelle. Daß die Uebernahme der Geschäftspassiven nicht eine wesentliche Voraussetzung für die Annahme eines Ueberganges des betreffenden Handelsgeschäftes bildet, erhellt aus dem Vorbemerkten von selbst.

Von dem soeben dargelegten Standpunkte aus muß der von der Berufungsklägerin aus Art. 23 des HGB.'s wider die Rechtsbeständigkeit der an den Berufungsbeklagten H. erfolgten Uebertragung der Firma E. T. R. abgeleitete Einwand als verfehlt bezeichnet werden. Denn H. ist, wie bereits erwähnt, von der Berufungsklägerin durch Circular in die Kundschaft eingeführt und der-

selben als nunmehriger Inhaber des R.'schen Geschäfts und als Nachfolger des Ehemannes der Berufungsklägerin empfohlen worden. Wenn ferner, wie aus Klaganlage C. und dem Zugeständnisse der Klägerin hervorgeht, H.'n Seiten der R.'schen Erben alle in dem Lagerbuche und in den Frachtbriefen verzeichneten lagernden Gegenstände überlassen worden sind, so kann hierin nur eine Ueberweisung und bez. Uebernahme der bezüglich dieser Gegenstände Seiten Dritter dem Erblasser ertheilt gewesenen Aufträge zur eigenen Ausführung gefunden werden, und zwar um so gewisser, als H. (vergl. unter 4 des in Klaganlage C. enthaltenen Ausgleichs) die Vertretung des R.'schen Erbes gegenüber diesen Dritten übernommen hat. Die Erledigung dieser Aufträge, die geschäftliche Fortbenutzung der von dem Erblasser innegehabten Geschäftsräume trug mit Rücksicht auf den Inhalt der ergangenen Circulare das äußere Gepräge einer Fortsetzung des Geschäftsbetriebes des Erblassers an sich, brachte eine Ersetzung der Persönlichkeit des letzteren durch die Person des Beklagten H. zum Ausdruck. Wenn dagegen zufolge der letztwilligen Verfügung R.'s die Geschäftsactiven, worunter nach Lage der Sache nur die bereits für den Erblasser endgültig erwachsenen, aus schon abgewickelten Geschäften entsprungenen Forderungen, etwaiges Geschäftsinventar und sonstige im Geschäfte vorhanden gewesene Sachen des Erblassers sich verstehen lassen, auf H.'n ebensowenig, wie die Geschäftspassiven haben übergehen sollen, so kann hierauf nach dem Ausgeführten ein Gewicht nicht gelegt werden. Ebenso erscheint unerheblich, ob H. die Geschäftsbücher des verstorbenen R. überkommen hat. Die auf die noch nicht erledigten Geschäfte bezüglichen Unterlagen konnte er, da die Geschäftsbücher ihm, der die Einziehung der zum Nachlaß gehörigen Außenstände und die Berichtigung der Passiven zu besorgen hatte, noch geraume Zeit zur Einsicht und Benutzung offenstehen mußten, in denselben einsehen und sich erforderlich erscheinende Notizen entnehmen, im Uebrigen hatten sie für ihn kein Interesse.

Nach alledem hat das Königliche Oberlandesgericht kein Bedenken getragen, mit der vorigen Instanz als erwiesen zu betrachten, daß nicht blos eine Uebertragung der Firma des Erblassers, sondern zugleich ein Uebergang des von diesem unter jener Firma

betriebenen Handelsgeschäftes auf den Beklagten stattgefunden habe. Der Vollständigkeit halber mag hier noch darauf hingewiesen werden, daß die Ansicht, es könne ein Handelsgeschäft — nebst der für dieselbe geführten Firma — gültig auch ohne die Geschäftsactiven und Passiven auf einen Anderen übertragen werden, von Endemann in dessen Handelsrecht edit. I. § 17 S. 86 im Texte nach Note 32 und in Note 31, sowie den daselbst in § 18 Note 55 Citirten getheilt wird, und auch in dem bereits angezogenen Erkenntnisse des vormaligen Bundesoberhandelsgerichts, vergl. Entsch. II. S. 50 erster Satz, getheilt zu werden scheint.

Hiernach allenthalben zerfällt der Klaganspruch, soweit er auf die Vorschrift in art. 23 des HGB.'s und auf einen Irrthum des Erblassers, wie andererseits der Berufungsklägerin in Betreff der Nichtanwendbarkeit dieser Vorschrift auf den vorliegenden Fall sich gründet, insofern, was den letzteren Punkt anlangt, der Art. 23 gezeigter Maßen in Wirklichkeit eben nicht Platz greift.

Völlig ungeeignet, den nurgedachten Klaganspruch zu begründen, ist endlich das Anführen in der Klagschrift Bl. der erstinstanzlichen Acten. Denn es läßt sich kein Rechtssatz auffinden, welcher denjenigen, der sein Handelsgeschäft sammt Firma an einen Dritten veräußert hat, berechtigte, die von ihm ertheilte Einwilligung zur Fortführung der Firma Seiten dieses Dritten ohne Weiteres dann zu widerrufen und als nichtig zu bezeichnen, wenn der Dritte in seinem Handelsbetriebe sich eine Unredlichkeit habe zu Schulden kommen lassen. Die Uebertragung des Handelsgeschäfts und der Firma ist im vorliegenden Falle unbedingt und ohne allen Vorbehalt geschehen, und kann daher nicht zurückgenommen werden.

Civilrecht.

15.

Haftung des Staatsfiscus als Betriebsunternehmer einer Staatseisenbahn für die Sicherheit der Wartezimmer, welche den mit Fahrbillet versehenen Reisenden angewiesen sind. Aeußert hierbei der Umstand Einfluß, daß diese Räume zugleich zu Restaurationszwecken vermiethet sind? §§ 728, 122, 126, 731 BGB.*)

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 23. Febr. 1882 no. 219 O. I. 1881.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Kläger fordert vom K. S. Staatsfiscus als Betriebsunternehmer einer K. S. Staatseisenbahn Ersatz desjenigen Schadens, welchen er durch das Herabfallen eines Kronleuchters in dem Wartezimmer 3. Classe des Bahnhofsgebäudes zu D. erlitten hat.

Die erste Instanz, von welcher über den Grund des Anspruches vorab entschieden worden, hat die Klage abgewiesen.

Auf Berufung Klägers erkannte das OLG., daß der vom Kläger geltend gemachte Anspruch seinem Grunde nach als bestehend anzuerkennen und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Anspruchs an das Gericht erster Instanz zurück zu verweisen.

Entscheidungsgründe.

Die Vorschrift in § 1507 des BGB.'s leidet auf den gegenwärtigen Fall keine Anwendung. Sie handelt von den Versehen der unmittelbaren Staatsbeamten, nicht aber von dem, was die Bediensteten des Fiscus verschulden, welche bei dem Betriebe einer Eisenbahn verwendet werden. Die Sache liegt aber so, daß der Kläger nicht nöthig hat, zur Klagbegründung auf das Verschulden eines bestimmten fiscalischen Bediensteten Bezug zu nehmen.

Derselbe hat in voriger Instanz nach der Bemerkung am Schlusse des Thatbestandes „augenblicklich" nicht zu behaupten vermocht, daß

---

*) Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. IV. S. 192 flg.

er zur kritischen Zeit ein Fahrbillet bereits gelöst gehabt habe. Hierin liegt kein ihm nachtheiliges Geständniß, welches nur im Wege des Widerrufs nach § 263 der CPO. beseitigt werden könnte, und zwar schon um deswillen nicht, weil der Beklagte darauf sich nicht bezogen hatte, daß der Kläger einen Fahrtvertrag mit ihm nicht geschlossen gehabt habe, § 261 daselbst.

In gegenwärtiger Instanz hat er, wobei ihm § 491 der CPO. zur Seite steht, den Besitz eines Fahrbillets zur Zeit des Unfalls behauptet und durch Production des Billets überzeugend und ohne daß es noch der insoweit angebotenen eidlichen Bestärkung bedarf, nachgewiesen, daß er am 6. März 1879 während seines Aufenthaltes in dem Bahnhofsgebäude zu D. mit einem zur Rückfahrt nach Z. berechtigenden Billet versehen gewesen sei. Der Aufenthalt in der Bahnhofsrestauration, in welcher Kläger durch das Herabstürzen des Kronleuchters beschädigt wurde, ist nach Inhalt des vorigen Thatbestandes zugestanden. Daß aber dieser Raum nicht als ein mit dem Eisenbahnbetriebe außer Verbindung stehender anzusehen sei, ist durch die Aussagen der Zeugen B. und C. erwiesen, welche den Raum als den Wartesaal 3. und 4. Classe bezeichnen, vergl. auch die Aussagen des Zeugen K. Bl. Durch die Einrichtung von Wartezimmern für das die Eisenbahn benutzende Publicum übernimmt der Betriebsunternehmer vertragsmäßig eine Leistung zur Erleichterung und Bequemlichkeit des Publicums neben der die Beförderung umfassenden Hauptleistung und erhebt die Vergütung dafür mit in dem Preise des Fahrbillets. Damit übernimmt er die Verbindlichkeit, den Passagieren nicht nur einen zum Aufenthalte darin vor dem Beginn der Fahrt angemessenen, sondern auch sicheren Raum zu gewähren, welcher ein ungefährdetes Verweilen gestattet. Er haftet in dieser Beziehung für geringe Fahrlässigkeit, da man dem Obigen nach nicht sagen kann, daß er keinen Vortheil von dem Vertragsverhältnisse habe; § 728 des BGB.'s. Er gewährt die Leistung, um die Annehmlichkeiten der Benutzung der Eisenbahn zu vermehren und sucht und findet in dieser Weise eine Erhöhung seines Vortheils aus dem Ertrage des Eisenbahnunternehmens. Daß er einem Restaurateur mieth- oder pachtweise gestattet, in dem Wartezimmer sein Gewerbe auszuüben, kann dem Unternehmer gegenüber möglicher Weise dann

von Bedeutung werden, wenn jemand beschädigt wird, der, ohne einen Fahrvertrag abgeschlossen zu haben, oder abschließen zu wollen, lediglich zum Besuche der Restauration eintritt. Dies war aber nach der obigen Feststellung*) bei dem Kläger nicht der Fall; dieser trat, wie er nachgewiesen hat, mit einem Fahrbillet versehen, in den Raum, welchen die Verwaltung für den Aufenthalt der einen abgehenden Zug erwartenden Passagiere angewiesen hatte. Aus der Bestimmung des Wartezimmers ergiebt sich von selbst die Nothwendigkeit, dasselbe während der Abend- und Nachtzeit zu erleuchten. Dabei ist es einflußlos, wenn der Unternehmer die Sorge für die dazu erforderlichen Einrichtungen im Mieth- oder Pachtvertrage dem Restaurateur auflegt. Es mindert dies nichts an seiner Verbindlichkeit, für die Sicherheit der in dem Wartezimmer sich aufhaltenden Passagiere auch insoweit zu sorgen, als dieselbe durch einen Schaden an der Befestigung der Beleuchtungsvorrichtungen gefährdet werden kann.

Wäre dem Beklagten, dem Kläger gegenüber, die Erfüllung dieser Verpflichtung in Betreff des Herabfallens des Leuchters, welcher den Kläger beschädigte, unmöglich geworden, so würde eine Verschuldung des Beklagten nach § 731 des BGB.'s so lange zu vermuthen sein, als er nicht dargethan hätte, daß die Unmöglichkeit von dem Kläger verschuldet sei, — wovon hier nicht die Rede ist — oder in einem Zufalle ihren Grund gehabt habe. Vom Kläger wird aber direct eine Verschuldung des Beklagten behauptet. Er sagt, das Herabfallen des Leuchters sei dadurch verursacht worden, daß zwei Bedienstete des Beklagten denselben, nachdem er aus Anlaß eines fiscalischen Baues herabgenommen worden, ungenügend befestigt hätten. Der Beklagte bestreitet dies, führt jedoch an: Die Befestigung sei mit Draht hergestellt gewesen, welcher nach und nach durch das Drehen des Leuchters beim Putzen und Anzünden schadhaft geworden und endlich durchgerieben worden sei. Es ist klar, daß auch die zuletzt erwähnte Schadhaftigkeit hätte bemerkt werden müssen, wenn zu Abwendung von Schaden diejenige Sorgfalt angewendet worden wäre, zu welcher den Beklagten das Vertragsverhältniß verpflichtete, in dem er zu den Reisenden stand; § 728, 122 des BGB.'s. Die Möglichkeit des

*) im Thatbestande.

Herabfallens eines so schweren Gegenstandes aus Anlaß einer ungenügenden Befestigung und der Schaden, welcher dadurch für die Reisenden entstehen konnte, mußte erwogen und dem Herabfallen des Leuchters durch zeitweilige Revision der Befestigung vorgebeugt werden. Auf die Vornahme dieser Vorsichtsmaßregel hat sich Beklagter nicht bezogen. Die Unterlassung derselben begründet für sich eine Verschuldung und der Beklagte kann sich daher nicht darauf berufen, daß der Schaden ein zufälliger sei und ihm die Verletzung nicht zugerechnet werden könne; § 126 des BGB.'s.

Die Zurückweisung zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe des Anspruchs beruht auf der Vorschrift in § 500 unter 3 der CPO.

16.

Wem gebührt die Versicherungssumme, wenn der Versicherungsnehmer das Leben eines Andern versichert und die Police — wie es die Statuten gestatten — auf den Inhaber gestellt wird?

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 6. Novbr. 1882 no. 144 O. I. 1882.

Aus den Entscheidungsgründen.

Nach dem Einverständnisse der Parteien hat Beklagter und zwar ohne Vorwissen seiner Ehefrau den Versicherungsvertrag mit der Versicherungsgesellschaft „Janus“ in Hamburg abgeschlossen, über welchen von der letzteren die abschriftlich beigebrachte Police vom 16. Januar 1877 ausgefertigt und von dem Agenten S. dem Beklagten ausgehändigt worden ist, der sie bis zum Tode seiner Ehefrau in seinem Schreibtische verwahrt hat. In der Police selbst ist nur die Ehefrau*) des Beklagten als diejenige Person namhaft gemacht, auf deren Leben die Gesellschaft auf Grund der behufs dieser Versicherung beigebrachten Documente durch die Police „die Summe von 1500 M. zahlbar bei dem Tode der Versicherten an den Inhaber der Police“ versichere, und es wird ferner darin

*) Als Klägerin tritt die Schwester der ohne Testament verstorbenen Ehefrau Beklagtens auf: sie verlangt als gesetzliche Miterbin Herauszahlung ihres Antheils der vom Beklagten erhobenen Versicherungssumme.

bemerkt, „die Versicherte" trete durch die Versicherung in alle Rechte und Verpflichtungen, welche die Statuten der Gesellschaft vorschreiben, namentlich sei die festgesetzte jährliche Prämie in halbjährlichen gleichen Raten bei Verlust aller Ansprüche an die Gesellschaft zu entrichten. Andererseits ist ebensowenig, wie der Beklagte selbst, die als die Versicherte bezeichnete Ehefrau desselben zugleich als die Versichernde oder Versicherungsnehmerin bezeichnet, und aus den Bestimmungen der in der Police angezogenen Statuten der Versicherungsgesellschaft in den §§ 1, 8 und 23 ergiebt sich, daß im Sinne derselben die versicherte Person, auf deren Leben die Versicherung genommen ist, nicht nothwendig dieselbe Person zu sein braucht, wie der in den Statuten als Versichernder bezeichnete Versicherungsnehmer; namentlich geht aus § 8 hervor, daß auch derjenige Versichernde, welcher das Leben einer dritten Person versichert, die Wahl hat, ob er die Police auf seinen Namen oder auf den Inhaber ausstellen lassen will.

Hiernach läßt sich nicht mit der ersten Instanz aus dem Inhalte der Police etwas dafür entnehmen, daß der Beklagte bei Abschließung des Versicherungsvertrags auf das Leben seiner Ehefrau lediglich als Stellvertreter für dieselbe und so als ob diese selbst ihr Leben versichere, gehandelt habe. In der Regel ist als Wille Desjenigen, welcher das Leben eines Andern versichert, vorauszusetzen, daß er selbst zufolge seines dabei betheiligten Interesses der aus dem abzuschließenden Versicherungsvertrage Berechtigte zu werden beabsichtige, so lange er nicht einen Anderen als den Berechtigten benennt,

vergl. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. III. § 198, S. 365, 366 und 370,

Staudinger, die Rechtslehre vom Lebensversicherungsvertrage, S. 43, 45 und 160, und

Preböhl in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. XXII. (N. F. Bd. VII.) S. 441, 442, 443, 481, 484, 485, 503.

Im vorliegenden Falle hat der Beklagte von dem ihm nach § 8 der Statuten zustehenden Wahlrechte in der Weise Gebrauch gemacht, daß er die Police auf den Inhaber hat ausstellen lassen, und so-

dann die ihm ausgehändigte Police **bis zu dem Tode der Ehefrau** in seiner Verwahrung behalten hat.

Weiter wäre sonach an den eigenen Rechten des Beklagten aus dem Versicherungsvertrage dadurch etwas nicht geändert worden, daß die Verstorbene gegen den Beklagten auf **spätere** Mittheilung von dem Abschlusse des Versicherungsvertrags diesen Vertrag genehmigt hätte. Damit kann sie auch die Speculation des Beklagten auf ihr Leben, welche in dem Vertrage lag und die Verbindlichkeiten genehmigt haben, welche ihr nach ihrer Auffassung etwa aus dem Vertrage erwachsen würden. Wenn aber Beklagter dabei noch erklärt hätte, **er habe ihr Leben zu dem Zwecke versichert, daß ihre Erben später die Versicherungssumme erheben könnten**, so ist hieraus allein nicht mit Sicherheit zu schließen, daß Beklagter bei Abschluß des Vertrags einen anderen Willen gehabt habe, als den, welchen die Police und die begleitenden Umstände nachweisen, und ebensowenig enthält diese Aeußerung, selbst wenn die Verstorbene mit derselben sich einverstanden erklärt hätte, den genügenden Ausdruck des Willens, die durch den Versicherungsvertrag für den Beklagten erworbenen Rechte auf Andere zu übertragen. Hätte endlich die Verstorbene auch die Absicht geäußert, über die Versicherungssumme letztwillig zu verfügen, so hätte dies für das Recht, welches Klägerin jetzt geltend macht, wie keiner weiteren Darlegung bedarf, keinen Werth.

Aus dem Vorstehenden folgt, daß der geklagte Anspruch seinem ganzen Umfange nach der Begründung entbehrt.

17.

Zur Anwendung der §§ 1, 2, 3 bei Ziffer 1, 2 des sogen. Reichs-Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 9. März 1882 no. 17 O. I. 1882.

Der zu dem Vermögen N.'s eröffnete Konkurs wurde auf Grund eines mit den angemeldeten Gläubigern getroffenen Abkommens eingestellt. Es verkaufte nunmehro N. aus der wieder in seine freie Verfügung gelangten Masse an den jetzigen Kläger (seinen Schwiegervater) Mobilien für den Preis von 5000 M., um hierdurch Mittel zu Abfindung einzelner Gläubiger zu erlangen; Kläger ließ jedoch

die Mobilien einstweilen miethweise in der Innehabung des Verkäufers N.

Jetzt trat der nunmehrige Beklagte mit einer an N. ihm zustehenden Forderung auf, erwirkte wegen derselben einen Arrestbefehl und ließ auf Grund des letztern die betreffenden Mobilien bei N. pfänden.

Kläger fordert vom Beklagten Aufgebung des Arrestpfandrechts.

Die mit Rücksicht auf §§ 1, 2, 3 bei 1 und 2 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 der Klage entgegengesetzten Einwendungen wurden aus nachstehenden

Gründen

zurückgewiesen:

Anlangend die auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 unternommene Anfechtung des qu. Kaufvertrages, so ist zwar vom Kläger, unter der gleichzeitigen Versicherung, daß er N.'n für wohlhabend gehalten und geglaubt habe, derselbe werde namentlich aus seinen zahlreichen Grundstücken, wenn ihm zu deren freiwilliger Verwerthung Zeit gelassen würde, alle seine Gläubiger befriedigen können und befinde sich nur in einer zeitweiligen Verlegenheit, in voriger Instanz Bl. erklärt worden, „er wolle nicht bestreiten, daß N. zur Zeit des Arrangements und, wegen der Forderung des Beklagten, auch nachher überschuldet gewesen sei," so daß hiernach die vom Beklagten durch andere Beweise nicht dargethane Thatsache, daß die Zwangsvollstreckung in N.'s Vermögen zu seiner, Beklagtens, vollständigen Befriedigung nicht geführt habe oder annehmbarer Weise zu einer solchen nicht führen würde, s. § 2 des gedachten Gesetzes, als unbestritten wohl angesehen werden kann. Allein andererseits kommt zu Klägers Gunsten Folgendes in Betracht.

Es ist vom Beklagten zugestanden, daß die an den Kläger von N. veräußerten Mobilien zur Zeit der Veräußerung nur einen Werth von 4343 M. gehabt haben, während Kläger für dieselben die baare Summe von 5000 M. aus seinem Vermögen gewährt hat. Auch ist durch den Inhalt der Vertragsurkunde, Klagbeilage 1 und durch die eidliche Zeugenaussage E.'s bewiesen, daß diese 5000 M. nicht an N. ausgefolgt, sondern an einzelne Gläubiger behufs deren theilweiser Befriedigung ausgezahlt, also zu Verminderung der Schulden-

laſt N.'s verwendet worden ſind, ingleichen daß dieſes Veräußerungsgeſchäft überhaupt nur den Zweck gehabt hat, die baare Summe von 5000 M. behufs deren Verwendung zu theilweiſer Befriedigung einzelner Gläubiger und zu der hierdurch zu erreichenden Einwilligung dieſer Gläubiger in die Konkursaufhebung zu erlangen, damit aber das Arrangement mit den ſämmtlichen übrigen Gläubigern, welche ſich zu demſelben ohne Stellung einer gleichen Bedingung bereits verſtanden hatten, zu ermöglichen, daß alſo durch jenen Kaufvertrag den Gläubigern N.'s nicht nur nichts entzogen, ſondern denſelben an Stelle der Mobilien eine deren Werth ſogar erheblich überſteigende Geldſumme gewährt worden iſt. Hiernach kann ſich ſchon fragen, ob durch den obigen Kauf eine zum Nachtheile der Gläubiger N.'s gereichende Aenderung in dem Vermögensſtande des Letzteren ſtattgefunden habe,

vergl. Entſcheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts, Bd. 25 S. 105 flg., Otto, die Anfechtung von Rechtshandlungen, (Leipzig 1881) S. 142 flg., Wengler's Archiv Jahrgang 1881 S. 701.

Auch würde hierbei einflußlos ſein, daß die 5000 M. nicht an ſämmtliche, ſondern nur an beſtimmte einzelne Gläubiger N.'s ausgezahlt worden ſind. Denn die übrigen Gläubiger haben in die Konkursaufhebung, welche die Freigabe der Maſſe, alſo auch jener Mobilien, an N. zur nothwendigen Folge hatte, eingewilligt, damit aber thatſächlich zu erkennen gegeben, daß ſie ihrerſeits dieſe Mobilien zu ihrer Befriedigung nicht in Anſpruch nehmen und ſind folglich nicht dadurch benachtheiligt worden, das N. nunmehr die Sachen zu Befriedigung der anderen Gläubiger verwendete.

Indeß kann hiervon ganz abgeſehen werden. Wenn man nämlich auch eine durch jenen Kauf eingetretene Benachtheiligung der Gläubiger N.'s anzunehmen hätte und zugleich die Abſicht, die letzteren damit zu benachtheiligen, bei N. als vorhanden geweſen gelten laſſen müßte: ſo iſt doch bewieſen, daß der Kläger von einer ſolchen Abſicht N.'s keine Kenntniß gehabt hat. Nach dem Geſetze erhielt N. durch die mit Zuſtimmung aller angemeldeten Gläubiger erfolgte Konkurseinſtellung die freie Verfügung über die Konkursmaſſe zurück, ſ. § 192 der KO. In der Zuſtimmung der Gläubiger

hierzu war also thatsächlich zugleich die Erklärung enthalten, daß sie N.'n die freie Verfügung über die Masse wieder überlassen, solche mithin zu ihrer Befriedigung mindestens zur Zeit nicht in Anspruch nehmen, sondern mit Demjenigen sich für jetzt begnügen wollten, was ihnen bei dem Arrangement von N. zu ihrer Befriedigung oder Sicherstellung gewährt oder zugesagt worden war. Daraus folgt, daß N., wenn er nunmehr einzelne Bestandtheile seines Vermögens veräußerte, hierzu an sich von seinen Gläubigern ermächtigt worden war und mithin in einer solchen Veräußerung jedenfalls wenigstens deshalb allein, weil N.'s Gläubiger noch nicht völlig befriedigt waren, eine auf Benachtheiligung derselben abzweckende Rechtshandlung noch nicht ohne Weiteres gefunden werden kann. Beispielsweise würde N. hiernach zweifellos sein Geschäft wieder haben aufnehmen und die vorhandenen Waaren haben veräußern können, ohne daß hierin eine Benachtheiligungsabsicht zu erblicken gewesen wäre und es besteht kein Grund, weshalb etwas Anderes hinsichtlich der an den Kläger veräußerten Mobilien gelten sollte, zumal der Kaufpreis für dieselben, wie bemerkt, lediglich zu Verminderung der Schuldenlast N.'s verwendet ward, auch Klägers Ersatzanspruch wegen der zur theilweisen Gläubigerbefriedigung hergegebenen 5000 M. eine sofort fällige Forderung desselben bildete. Wollte man dies nicht als zutreffend gelten lassen, so gelangte man zu dem auffälligen Ergebnisse, daß der Kläger, obgleich er die 5000 M. zu Beseitigung des Konkurses hingab, doch seinerseits zu Befriedigung wegen dieser Summe die Konkurseröffnung sogleich wieder hätte beantragen müssen. Nach dem Allen konnte der Kläger bei diesem ganzen Veräußerungsgeschäfte etwas Anderes nicht annehmen, als daß N. zu demselben von seinen sämmtlichen bekannten Gläubigern durch deren Einwilligung in die Konkurseinstellung ermächtigt worden war und mithin ist das Gegentheil der Behauptung des Beklagten, daß der Kläger dabei die Absicht N.'s, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gekannt habe, bereits vollständig dargethan. Deshalb aber war der über diese Behauptung dem Kläger zugeschobene Eid nach § 411 der CPO. für unzulässig zu erachten.

Eine andere Auffassung würde nur dann möglich sein, wenn der Kläger von der Existenz noch anderer, nicht angemeldeter oder nicht bekannt gewordener Schulden N.'s, insbesondere von der später

erst an's Licht getretenen Ersatzforderung des Beklagten, irgend welche Kenntniß gehabt hätte. Allein hiefür liegt nichts vor. Im Gegentheile ist, — wie schon die vorige Instanz überzeugend dargelegt hat, — ausreichender Beweis dafür erbracht, daß der Kläger von der Forderung des Beklagten zur Zeit des Kaufsabschlusses nichts gewußt hat.*)

18.

Verhältniß der statutarisch den Mitgliedern einer privatrechtlichen Genossenschaft zustehenden Berechtigung zur Beschwerdeführung über das Genossenschafts-Directorium, bez. über einzelne Mitglieder, zu dem Rechte der einzelnen Genossenschaftsmitglieder, die statutarisch eingeräumten Befugnisse im Rechtswege gegen die Genossenschaft geltend zu machen.

Urtheil des OLG.'s (III. Sen.) vom 8. Novbr. 1882 no. 107 III. O. 1882.

Aus den Entscheidungsgründen.

Daß ein Mitglied einer privatrechtlichen Genossenschaft berechtigt sei, die ihm auf Grund der Genossenschaftsstatuten — also eines die Grundlage für die Rechte und Verpflichtungen der Mitglieder bildenden Vertrags — zustehenden Befugnisse im Rechtswege gegen die Gesammtheit der Genossenschaft geltend zu machen, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln,

vgl. auch die Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts, Bd. XXIII. p. 273 flg., XXV. p. 307.

Allein selbstverständlich sind hierbei diejenigen Beschränkungen einzuhalten, welche in den Statuten selbst festgesetzt und daher für jedes Mitglied, da dasselbe sich den Statuten durch seinen Eintritt wenigstens stillschweigend unterwirft, bindend sind.

Der § 62 unter 2 der einschlagenden Statuten sagt nun zwar nicht geradezu: daß einem Mitgliede, welches sich durch eine Handlung des Directorii verletzt glaube, der Rechtsweg so lange verschlossen sein solle, als nicht die Generalversammlung im Beschwerdewege einen Ausspruch über die Sache ertheilt habe; der Wortlaut der angezogenen Stelle ist vielmehr einfach nur der:

*) Die hier einschlagende Begründung interessirt gegenwärtig nicht.
D. R.

„Der Beschlußnahme der Generalversammlung ist vorbehalten
1. &c.
2. die Entscheidung über Beschwerden gegen das Directorium oder einzelner (soll offenbar heißen: einzelne) Mitglieder desselben."

Allein auch der gegenwärtigen Instanz geht kein Bedenken bei, diese Bestimmung im obigen Sinne auszulegen. Dies empfiehlt sich schon durch die Natur der Sache. Der Verein wird nach § 50, Abs. 1 der Statuten durch das Directorium in rechtlicher Beziehung vertreten, also auch durch dessen Handlungen verpflichtet; er hat mithin ein wesentliches Interesse daran, von denjenigen Maßnahmen des Vorstands, durch welche ein Vereinsmitglied sich beschwert erachtet, Kenntniß zu erhalten und nach Befinden eine Abhülfe eintreten zu lassen. Dies wird aber am sichersten erreicht, wenn die Mitglieder ihre Beschwerden an die Generalversammlung zu bringen genöthigt sind, ehe sie den Rechtsweg beschreiten. Auch dient der § 48 der Statuten zum Beweis, daß bei Entwerfung derselben der Einführung einer Beschwerdeinstanz, durch welche ein nachtheiliger Einfluß etwaiger vom Directorio begangener Mißgriffe von dem Vereine möglichst fern gehalten werde, eine besondere Aufmerksamkeit zugewendet worden sei. Denn dort ist gesagt, der Gesammtausschuß (d. i. die Gesammtheit der Bezirksvorstände) habe das Directorium zu überwachen, „Beschwerden der Vereinsmitglieder anzunehmen, zu erörtern und nach Befinden denselben Abhülfe zu verschaffen." Endlich läßt sich auch nicht sagen, daß in einem Falle der jetzt fraglichen Art einem Vereinsmitglied sein Recht durch den Verein vorenthalten oder verkümmert werde, so lange nur erst eine verletzende Handlung des Directorii vorliegt, hinter diesem aber noch als unerschöpfte Instanz die Generalversammlung steht, welche die Beschwerde des Mitgliedes zu untersuchen und zu entscheiden nach den Statuten verpflichtet ist. Hier bildet die Handlung des Directoriums noch nicht eine Willenskundgabe des Vereins selbst; der letztere wird insoweit durch jenes nicht vertreten.

Darauf, daß auch das vormalige Reichsoberhandelsgericht in Fällen, wo die Statuten eines Personenvereins über Handlungen des Directorii eine Beschwerdeführung bei der Generalversammlung ge-

statten, den Rechtsweg so lange für ausgeschlossen erachtet habe, als jenes Mittel nicht erschöpft sei, hat bereits die vorige Instanz hingewiesen.

Gegen die vorstehends entwickelte Auffassung ist nicht auf § 29 und 33 der vorliegenden Statuten Bezug zu nehmen. In diesen Paragraphen wird von speciellen Fällen (in welchen die Bemessung der Entschädigung für einen Calamitosen, resp. der Wegfall dieser Entschädigung in Frage ist) gehandelt und dem Calamitosen eine bestimmte Frist gesetzt, innerhalb deren er entweder eine Provocation auf die Entscheidung der Generalversammlung oder die Beschreitung des Rechtswegs zu wählen habe, dergestalt, daß mit der Beschreitung des einen Wegs ihm der andere verloren sein solle. Dies sind Bestimmungen von ganz besonderer (singulärer) Natur, die sich (wie sich schon aus der Festsetzung jener Präclusivfrist, innerhalb deren die Wahl auszuüben ist, ergiebt) auf andere Fälle, in denen ein Mitglied zur Beschwerdeführung über das Directorium sich veranlaßt sieht, nicht ausdehnen und weder für, noch gegen die obige Auslegung des § 62 unter 2 sich verwenden lassen.

Auch der Umstand, daß nach § 57 der Statuten die regelmäßigen Generalversammlungen nur aller drei Jahre wiederkehren, ist nicht zu Gunsten des Klägers geltend zu machen, als ob derselbe mit Durchführung seines Anspruchs allzulange aufgehalten werden würde, wenn er die Entscheidung der Sache zunächst der Generalversammlung zu überlassen hätte. Denn abgesehen davon, daß eine solche Verzögerung als eine vom Kläger hinzunehmende Folge der Vereinsverfassung sich darstellen würde, ist nach § 57 cit. auf Antrag des Directorii oder auf Verlangen von acht Bezirksvorständen eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen und nach dem schon angezogenen § 48 darf sich der Gesammtausschuß (die Gesammtheit der Bezirksvorstände) nicht entbrechen, eine Beschwerde des Klägers anzuhören, zu erörtern und das zur Abhülfe sonst Nöthige vorzukehren.

Präjudizien.

Strafprozeßrecht.

11.

Die Aufnahme des Protokolls über eine Untersuchungshandlung, bei welcher ein Gerichtsschreiber zuzuziehen ist, durch den Richter selbst ist nicht unzulässig. (§§ 185, 186, 166 der StPO.)

Verordnung des OLG.'s vom 25. October 1882 no. 475 V. A.

Dem Königl. Sächsischen Oberlandesgericht hat das AG. A. zur Entscheidung gemäß § 160 des GVG.'s die Rechtshülfedifferenz angezeigt, welche zwischen ihm und dem AG. C. in der Strafsache gegen B. in Bezug auf die Beurkundung der zeugeneidlichen Vernehmung der H. entstanden ist.

Von dem AG. A. nach Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 222 der StPO. um eidliche Vernehmung der Bl. in der Anklageschrift als Beweismittel für die Hauptverhandlung benannten Zeugin H. nach Bl. ersucht, hat das AG. C. diesem Ersuchen nach Bl. zwar entsprochen. Das über diese zeugeneidliche Vernehmung aufgenommene Protokoll ist aber, wenn schon es sowohl von dem richterlichen Beamten, welcher die Verhandlung geleitet hat, als auch von dem zu derselben zugezogenen Gerichtsschreiber unterschrieben ist, nicht von Letzterem, sondern von dem richterlichen Beamten, welcher die Verhandlung geleitet hat, selbst niedergeschrieben worden. Deshalb erachtet das AG. A., von der Ansicht ausgehend, daß bei Beurkundung einer nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung außerhalb der Hauptverhandlung unter Zuziehung eines Gerichtsschreibers vorzunehmenden Untersuchungshandlung das Protokoll stets von dem

zugezogenen Gerichtsschreiber niedergeschrieben werden müsse, das erwähnte Protokoll nicht für geeignet, gemäß § 250 der StPO. in der künftigen Hauptverhandlung verlesen zu werden, und hat daher nach Bl. das AG. C. um Wiederholung der Vernehmung der Zeugin H. und Aufnahme des Protokolls durch den zuzuziehenden Gerichtsschreiber ersucht. Das AG. C. hat jedoch dieses Ersuchen nach Bl. abgelehnt, weil nach der Fassung der §§ 185 und 186 der StPO. das über eine Untersuchungshandlung vom Richter selbst unter Zuziehung eines Gerichtsschreibers aufgenommene Protokoll nicht der Beweiskraft entbehre und zur Verlesung in der Hauptverhandlung nach den Bestimmungen in § 250 der StPO. nicht untauglich sei.

Die dem abgelehnten Ersuchen zu Grunde liegende Ansicht des AG.'s A. findet in den Vorschriften der §§ 185 und 186 der StPO., welche nach § 166 auch für die Beurkundung der von dem Amtsrichter vorzunehmenden Untersuchungshandlungen maßgebend sind, keine ausreichende Begründung. Nach § 185 hat bei den darin bezeichneten Untersuchungshandlungen, zu welchen die Vernehmung der Zeugen gehört, der Untersuchungsrichter einen Gerichtsschreiber zuzuziehen, und nach § 186 ist das über eine solche Untersuchungshandlung aufzunehmende Protokoll von dem Untersuchungsrichter und dem zugezogenen Gerichtsschreiber zu unterschreiben. Als ein wesentliches äußeres Erforderniß des über eine Untersuchungshandlung der in § 185 der StPO. bezeichneten Art aufzunehmenden Protokolls ist daher nur die gemeinschaftliche Unterschrift desselben durch den Richter und den zugezogenen Gerichtsschreiber zu betrachten. Dagegen ist nicht vorgeschrieben, daß in Fällen des § 185 der Untersuchungsrichter sich auf die Leitung der Verhandlung zu beschränken und die Niederschrift des Protokolls unter allen Umständen dem zugezogenen Gerichtsschreiber zu überlassen habe. Es kann daher, wenn auch das letztere Verfahren bei Aufstellung der in §§ 185 und 186 der StPO. enthaltenen Bestimmungen als die Regel vorausgesetzt worden sein mag, doch das Niederschreiben des Protokolls durch den Richter selbst bei dem Mangel einer, solches verbietenden Vorschrift als ein Fehler der Beurkundung, welcher die formale Zulässigkeit des Protokolls als Beweismittel zu beeinträchtigen vermöchte, nicht angesehen werden. Vgl auch

Löwe, StPO. no. 2 zu § 186 ed. III. S. 434,

Keller, StPO. no. 3 zu § 186 ed. II. S. 215.

Vielmehr gehören Bestimmungen darüber, von welcher Gerichtsperson bei der Beurkundung von Untersuchungshandlungen, zu denen ein Gerichtsschreiber zugezogen werden muß, das Protokoll aufzunehmen sei, in das Gebiet der instructionellen Vorschriften, in deren Ermangelung die Wahl der hierauf bezüglichen Modalität in jedem einzelnen Falle dem Ermessen des Richters überlassen werden muß, und wie in dieser Hinsicht der Richter zu ermessen hat, ob er das Protokoll dem Gerichtsschreiber in die Feder dictiren oder einem hierzu befähigten Gerichtsschreiber die selbständige Protokollführung überlassen wolle, so kann dem Richter nach Beschaffenheit des Falles auch nicht versagt werden, wenn er solches zur kürzeren und besseren Erledigung des Geschäfts für zweckdienlich erachtet, die Protokollführung selbst zu übernehmen.

Das Königl. OLG. trägt daher Bedenken, dem AG. C. dahin Anweisung zu ertheilen, daß es dem nach Obigem abgelehnten Ersuchen zu entsprechen habe.*)

12.

Actenvorlegung an den Vertheidiger. (§ 147 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 14. März 1881 zu no. 130 V. A.

In Erwägung,

daß nach § 147 der StPO. der Vertheidiger nur zur Einsicht „der dem Gericht vorliegenden Acten" befugt ist, hieraus aber folgt, daß der Vertheidiger behufs Ausübung dieses Rechts in der Regel an die Geschäftsstelle desjenigen Gerichts, vor welchem die betreffenden Acten ergangen sind, sich zu begeben und keinen Anspruch darauf hat, daß ihm die Acten in seine Wohnung verabfolgt werden, hierüber vielmehr nach § 147 Abs. 4 der StPO. das Ermessen des Vorsitzenden entscheidet, welcher eintretenden Falles auch darüber zu bestimmen hat, ob einem auswärtigen Vertheidiger die Acten durch die Gerichtsbehörde seines Wohnorts vorzulegen seien,

nun aber in den zur Beschwerde gezogenen Fällen dem Rechts-

---

*) Vgl. jedoch Wengler's Archiv 1882 S. 419.

anwalt Sch. in seiner angeblichen Eigenschaft als Vertheidiger der Angeklagten das Recht der Acteneinsicht seinem eigenen Anführen zufolge nicht verkümmert worden ist, indem die in Abschrift mit überreichten Beschlüsse der Strafkammer die Eröffnung enthalten, daß von ihm die betreffenden Untersuchungsacten, beziehentlich nach deren Wiedereingang, in der Gerichtsschreiberei des LG.'s eingesehen werden können,

und, wenn darin zugleich die Mittheilung der Acten nach auswärts abgelehnt wird, von dem Beschwerdeführer keinerlei Umstände angeführt worden sind, aus welchen erkennbar würde, daß in dieser Hinsicht das von dem Vorsitzenden geübte Ermessen auf Unbilligkeit oder unzutreffender Würdigung der einschlagenden Verhältnisse beruhe:

ist die — gegen obige Beschlüsse von dem genannten Rechtsanwalt erhobene — Beschwerde als unbegründet zu verwerfen.

13.

Der Angeklagte hat keinen Anspruch auf Mittheilung von Abschriften aus den ihn betreffenden Untersuchungsacten.

Beschluß des OLG.'s vom 3. November 1882 zu no. 486 V. A.

Da nach § 147 der StPO. nur dem Vertheidiger, nicht auch dem Angeklagten das Recht der Acteneinsicht, und daher Letzterem für seine Person, außer den Fällen, wo eine Zustellung von Schriftstücken vorgeschrieben ist, kein Anspruch auf Mittheilung von Abschriften aus den ihn betreffenden Untersuchungsacten zusteht: so sind die von S. und F. gegen die Gerichtsbeschlüsse Bl., wodurch ihre Gesuche um Ertheilung einer Abschrift des in der wider sie wegen Vergehens gegen § 4 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877 anhängig gewesenen Voruntersuchung von dem Kaiserl. Patentamte abgegebenen Gutachtens abgelehnt worden sind, erhobenen Beschwerden zu verwerfen.

14.

Anspruch des bestellten Vertheidigers auf Vergütung von Schreibgebühren aus der Staatskasse. (§ 150 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 21. April 1882 zu no. 155 V. A.

Da zwar § 150 der StPO. vom 1. Februar 1877 auf die damals noch nicht erlassene, erst unter dem 7. Juli 1879 erschienene Gebührenordnung für Rechtsanwälte Bezug nimmt und es mithin, insofern letztere zwischen Gebühren und Auslagen unterscheidet (vgl. Abschnitt II.—IV., beziehentlich Abschnitt V., sowie die Ueberschrift von Abschnitt VI.), der angezogene § 150 aber nur von Gebühren spricht, allerdings den Anschein gewinnen könnte, daß, wie der angefochtene Beschluß Bl. annimmt, § 150 der StPO. sich nur auf Gebühren im engeren Sinne, und insbesondere auf Schreibgebühren, welche in § 76 der obigen Gebührenordnung übereinstimmend mit § 79 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 unter die Auslagen gerechnet werden, nicht beziehen solle,

gleichwohl diese Auslegung um deswillen bedenklich fallen muß, weil theils die Verhandlungen der Reichstagscommission ebensowenig wie diejenigen des Plenums des Reichstags erkennen lassen, daß man den Anspruch des bestellten Vertheidigers auf eigentliche Gebühren, mit Ausschluß der Auslagen, habe beschränken wollen,

vgl. Hahn, die gesammten Materialien zur StPO. I. Abth. S. 978—981, II. Abth. S. 1278 a. E., 1281, 1535 a. E., 1625 a. E., 1830—1839, 2075 a. E.,

theils § 1 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte dem Rechtsanwalt in Strafsachen Anspruch auf Vergütung nach den Vorschriften dieses Gesetzes, also — vgl. Abschn. V. und VI. desselben —, auch Vergütung der Auslagen zuspricht, theils endlich dieses Gesetz selbst in seiner Ueberschrift den Begriff „Gebühren" offenbar in einem weiteren, Gebühren und Auslagen umfassenden Sinne gebraucht,

nach alledem aber das Wort: „Gebühren" auch in dem mehrfach angezogenen § 150 der StPO. füglich nicht anders, als in letzterem Sinne verstanden werden kann, und daher unter die hiernach dem zum Vertheidiger bestellten Rechtsanwalt für die geführte Vertheidigung aus der Staatskasse nach Maßgabe der Gebührenordnung

zu bezahlenden Gebühren auch die Auslagen, und insbesondere die Schreibgebühren, wiewohl theils mit der in § 39 Abs. 2 der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 in Betreff der Reisekosten und Tagegelder geordneten Beschränkung, theils mit dem aus der Bestimmung in § 496 Abs. 2 der StPO. sich rechtfertigenden Vorbehalte der Prüfung ihrer Höhe und Nothwendigkeit und, falls der Vertheidiger bei dem diesfallsigen Feststellungsdecrete nicht Beruhigung faßt, hierüber eintretender Entscheidung des Gerichts, fallen, — eine Auslegung, welche übrigens bereits früheren Entscheidungen des OLG.'s zu Grunde liegt,

vgl. Annalen des Königl. Sächs. OLG.'s II. S. 503 no. 27 verb. mit S. 397 no. 20,

so wird der Beschluß der Strafkammer des LG.'s F. vom 23. März 1882 Bl., insoweit dadurch grundsätzlich abgelehnt worden ist, dem bestellten Vertheidiger, Rechtsanwalt H. in F., die demselben durch die geführte Vertheidigung erwachsenen Schreibgebühren aus der Staatskasse zu bezahlen, in Beachtung der hiergegen von ernanntem Rechtsanwalt Bl. eingelegten Beschwerde, aufgehoben, und sind vielmehr gemäß § 150 der StPO. verbunden mit § 1 und 76 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 (S. 176 flg. des RGBl. v. 1879) und § 80 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 (S. 160 des RGBl. v. 1878) die Bl. berechneten Schreibgebühren, vorausgesetzt, daß dieselben nach dem Ermessen des Vorsitzenden der Strafkammer für nothwendig und taxmäßig befunden werden, dem Beschwerdeführer noch nachträglich aus der Staatskasse auszuzahlen.

15.

Einlegung der Berufung durch einen General-Substituten des erwählten Vertheidigers. (§§ 363, 139 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 27. September 1882 zu no. 423 V. A.

Da den im Beschlusse der Strafkammer des Landgerichts B. ausgesprochenen Grundsätzen über die Nothwendigkeit der Beibringung der Legitimation zur Einlegung eines befristeten Rechtsmittels im Strafverfahren innerhalb der Einlegungsfrist beizupflichten ist,

und die nach den Vorschriften in § 25 oder § 29 der Rechts-

anwaltsordnung vom 1. Juli 1878 erfolgte Bestellung eines allgemeinen Stellvertreters für einen an der Ausübung seines Berufs zeitweise behinderten Rechtsanwalt, insoweit daraus das Befugniß des Stellvertreters zu Vornahme der dem Rechtsanwalt, welchen er vertritt, als erwähltem Vertheidiger oder Vertreter in Strafsachen zustehenden Prozeßhandlungen abgeleitet werden soll, einen Legitimationspunkt bildet, dessen thatsächlicher Grund, soweit er nicht gerichtskundig, keineswegs von dem Gericht Amtswegen zu ermitteln, sondern von dem Prozeßbetheiligten rechtzeitig zu bescheinigen ist,

der Nachweis aber, daß der Kammergerichts-Referendar H., welcher die Bl. rechtzeitig eingegangene Berufungseinlegungsschrift als General-Substitut des nach Bl. von Seiten des Angeklagten mit Vollmacht versehenen Rechtsanwalts S. zu B. unterzeichnet hat, diese Eigenschaft zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels wirklich besessen habe, weder bis jetzt überhaupt, noch insbesondere innerhalb der zu Einlegung der Berufung geordneten Frist beigebracht worden ist,

wozu noch kommt, daß der genannte Rechtskundige durch seine Bestellung als General-Substitut des erwählten Vertheidigers nicht der Nothwendigkeit überhoben wurde, die nach § 139 der StPO. erforderliche Zustimmung des Angeklagten zur Uebertragung der Vertheidigung beizubringen, vgl.

Keller, StPO., 2. Aufl. no. 2 zu § 139 S. 162,

Annalen des Königl. Sächs. OLG.'s II. Bd. S. 390,

und der rechtzeitige Nachweis dieser Zustimmung ebenfalls zu vermissen ist,

unter solchen Umständen aber der Kammergerichts-Referendar H. als zu Einlegung der Berufung legitimirt nicht angesehen werden kann:

so ist die gegen den Eingangs gedachten Beschluß der Strafkammer, wodurch die gegen das Schöffengerichtsurtheil Bl. für den Angeklagten Bl. eingelegte Berufung wegen Nichtbeobachtung der Bestimmungen über die Einlegung der Berufung gemäß § 363 Abs. 1 der StPO. von dem Berufungsgericht als unzulässig verworfen worden ist, von dem bevollmächtigten Vertheidiger des Angeklagten aus § 363 Abs. 2 der StPO. Bl. erhobene sofortige Beschwerde als unbegründet zu verwerfen,

16.

Einlegung von Rechtsmitteln im Privatklageverfahren durch einen nicht mit schriftlicher Vollmacht zur Vertretung des Privatklägers versehenen, sondern nur als Beistand desselben erschienenen Rechtsanwalt. (§§ 339, 418 der StPO.)

Beschluß des OLG.'s vom 8. März 1882 no. 109 V. A.

Die Berufung der Privatklägerin gegen das Bl. befindliche Urtheil des Schöffengerichts zu G. vom 27. November 1881 ist nach Bl. zwar rechtzeitig, jedoch in einer ohne Mitunterschrift der Privatklägerin selbst von dem Rechtsanwalt F. unterzeichneten Schrift eingelegt worden, welcher mit einer ihm von der Privatklägerin ausgestellten Vollmacht zwar nicht versehen ist, jedoch an dem bisherigen Verfahren in der Weise sich betheiligt hat, daß er außer der von ihm herrührenden Anfertigung der Privatklage in der Hauptverhandlung erster Instanz nach Ausweis des darüber aufgenommenen Protokolls Bl. die Rechte der in seinem Beistande erschienenen Privatklägerin durch Stellung von Anträgen während der Verhandlung und mündliche Ausführungen nach dem Schlusse der Beweisaufnahme wahrgenommen hat. Wenn zu Begründung der gegen den Beschluß der Strafkammer Bl., wodurch die gedachte Berufung, weil dieselbe von einem nicht legitimirten Rechtsanwalt eingewendet worden sei, gemäß § 363 der StPO. als unzulässig verworfen worden ist, von der Privatklägerin Bl. erhobenen sofortigen Beschwerde ausgeführt wird, daß ein Vertreter des Privatklägers im Wesentlichen in derselben rechtlichen Lage sei, wie der Vertheidiger, und, gleichwie der Vertheidiger, selbst wenn er die Vertheidigung nur in Gegenwart des Angeklagten ohne dessen Widerspruch geführt habe, und daher nur als stillschweigend gewählt angesehen werden könne, nach § 339 der StPO. für den Beschuldigten Rechtsmittel einzulegen befugt sei, so auch dem vom Privatkläger stillschweigend bevollmächtigten Rechtsanwalt ein gleiches Recht eingeräumt werden müsse, daß aber im gegenwärtigen Falle der genannte Rechtsanwalt durch sein Erscheinen in der Hauptverhandlung und durch sein im Protokolle festgestelltes Verhalten in derselben als stillschweigend Bevoll-

mächtigter der Privatklägerin zu gelten habe, und daher für dieselbe auch ohne schriftliche Vollmacht das Rechtsmittel der Berufung einzuwenden berechtigt gewesen sei, so kann dieser Ausführung nicht beigepflichtet werden. Die Bestimmung in § 339 der StPO. bezieht sich, da sie nicht von einem Rechtsanwalt im Allgemeinen, sondern nur von dem Vertheidiger spricht, auch nur auf den Vertheidiger und kann daher auf einen Rechtsanwalt, welcher nicht Vertheidiger ist, nicht ausgedehnt werden. Vielmehr bedarf ein solcher Rechtsanwalt, um für einen Betheiligten im Strafverfahren mit rechtlicher Wirkung Rechtsmittel einlegen zu können, einer Vollmacht, welche entweder hierauf ausdrücklich gerichtet oder doch so gefaßt sein muß, daß sie auf das Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln mit bezogen werden kann. Nun würde zwar ein Rechtsanwalt, welcher vom Privatkläger schriftlich dahin bevollmächtigt worden ist, ihn zu „vertreten", auch zur Einlegung von Rechtsmitteln für den Privatkläger als ermächtigt gelten müssen, da die „Vertretung" eines Betheiligten im Strafverfahren die Wahrnehmung der Rechte desselben nach allen Richtungen umfaßt, und es zur Einlegung von Rechtsmitteln im Strafverfahren durch einen Bevollmächtigten nicht, wie nach § 344 Abs. 2 der StPO. zur Zurücknahme von Rechtsmitteln, einer *ausdrücklichen* Ermächtigung bedarf. Allein mit einer solchen Vollmacht ist der Rechtsanwalt, welcher im vorliegenden Falle für die Privatklägerin Berufung eingelegt hat, nicht versehen gewesen, und stillschweigend konnte ihm von der Privatklägerin die Ermächtigung zu ihrer „Vertretung" nicht ertheilt werden. Der § 418 der StPO. unterscheidet, wie auch der Verfasser der Beschwerdeschrift selbst nicht verkennt, zwischen dem Erscheinen des Privatklägers im *Beistande eines Rechtsanwalts* und der *Vertretung* des Privatklägers *durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Rechtsanwalt*. Der Unterschied zwischen einem Rechtsanwalt als Beistand des Privatklägers und einem Rechtsanwalt als *Vertreter* des Privatklägers besteht aber darin, daß Ersterer nur in Gegenwart des Privatklägers, Letzterer dagegen auch in Abwesenheit des Privatklägers Prozeßhandlungen für denselben vorzunehmen berechtigt ist. Dieser Unterschied wird nicht dadurch aufgehoben, daß der zunächst nur als „Beistand" des Privat-

klägers erschienene Rechtsanwalt im Laufe der Verhandlung auch solche Prozeßhandlungen vornimmt, zu deren Vornahme auch ein Vertreter des Privatklägers berechtigt sein würde. Ist demnach ein solches Verhalten eines Rechtsanwalts, in dessen Beistand der Privatkläger erschienen ist, überhaupt nicht geeignet, einen Schluß auf den Willen des Privatklägers, ihn zu seinem Vertreter zu ernennen, zu begründen, so erscheint die stillschweigende Bestellung eines Rechtsanwalts zum Vertreter des Privatklägers auch deshalb ausgeschlossen, weil nach § 418 der StPO. die Eigenschaft eines Vertreters des Privatklägers nur durch schriftliche Vollmacht erlangt werden kann. Ueberdies erweist sich, selbst wenn man die stillschweigende Wahl eines Vertheidigers nicht blos auf die Ermächtigung zu denjenigen Handlungen, welche er in Gegenwart des Angeklagten ohne dessen Widerspruch vollzogen hat, sondern auf die Uebertragung der Vertheidigung überhaupt beziehen und daher auch einen in solcher Form gewählten Vertheidiger zur Einlegung von Rechtsmitteln für den Beschuldigten nach § 339 der StPO. für ermächtigt halten wollte, die in der Beschwerdeschrift zwischen diesem Falle und den Befugnissen eines angeblich durch stillschweigende Willenserklärung bestellten Vertreters des Privatklägers gezogene Parallele deshalb als unzutreffend, weil die Stellung eines Vertreters des Privatklägers von der Stellung eines Vertheidigers wesentlich verschieden ist.

Wenn demnach der angefochtene Beschluß als gerechtfertigt sich darstellt, so war die gegen denselben von der Privatklägerin erhobene sofortige Beschwerde zu verwerfen.

17.

Substitutionsbefugniß des Anwalts des Privatklägers ist von Zustimmung des Letzteren abhängig. (§ 418, 427 Abs. 2 der StPO.) Nachweis der Legitimation bei Einlegung von Rechtsmitteln.

Beschluß des OLG.'s vom 10. Mai 1882 zu no. 189 V. A.

Die in der Privatklagsache Eduard D.'s gegen Otto T. gegen das Urtheil des Schöffengerichts zu C. vom 8. Februar d. J. für den Privatkläger fristgemäß durch den Rechtsanwalt M. eingelegte

Berufung ist von der Strafkammer des LG.'s C. nach Inhalt des Beschlusses Bl. gemäß § 363 Abs. 1 der StPO. als versäumt um deswillen zurückgewiesen worden, weil die Legitimation des genannten Rechtsanwalts zu Einlegung des Rechtsmittels sich nur auf die ihm von dem Rechtsanwalt Dr. L. Bl. ertheilte Nachvollmacht gründet, die dem Letzteren vom Privatkläger selbst Bl. ausgestellte Hauptvollmacht aber, wenn schon sie ihrer Fassung nach auf die Berechtigung zur Einlegung von Rechtsmitteln bezogen werden kann, doch eine Ermächtigung zu Bestellung von Nachbevollmächtigten nicht enthält und ebensowenig das Einverständniß des Vollmachtgebers mit der erfolgten Uebertragung der Vollmacht innerhalb der Einlegungsfrist beigebracht worden ist.

Die hiergegen von dem Privatkläger aus § 363 Abs. 2 der StPO. erhobene sofortige Beschwerde konnte nicht für begründet erachtet werden.

Nach § 430 der StPO. stehen dem Privatkläger diejenigen Rechtsmittel zu, welche in dem Verfahren auf erhobene öffentliche Klage der Staatsanwaltschaft zustehen. Die Ausübung dieses Befugnisses ist jedoch zunächst an die Person des Privatklägers gebunden. Nun kann zwar, wie aus den Bestimmungen in § 418 und 427 der StPO. hervorgeht, der Privatkläger seine Rechte auch durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt wahrnehmen lassen. Da jedoch nach § 427 Abs. 2 der StPO. in dem Verfahren auf erhobene Privatklage die Bestimmung in § 139 auf den Anwalt des Klägers ebenso wie auf den des Angeklagten Anwendung findet, so folgt hieraus, daß vom Gesetz das Verhältniß des Privatklägers zu seinem bevollmächtigten Anwalt ebenso wie das Verhältniß des Angeklagten zu seinem Vertheidiger, vgl.

Annalen des OLG.'s, 2. Bd. S. 391,

als ein an die Person des Bevollmächtigten gebundenes, im Zweifel nicht übertragbares Vertrauensverhältniß aufgefaßt wird, und daher der Anwalt des Privatklägers zu Uebertragung seiner Vollmacht auf einen andern Rechtsanwalt der Zustimmung des Privatklägers bedarf. Durch die nurangezogene Spezialbestimmung des § 427 Abs. 2 der StPO. wird auch eine analoge Anwendung der Vorschrift in § 77 der CPO., wonach die Prozeßvollmacht auch zur Bestellung eines

Vertreters des Bevollmächtigten ermächtigt, ausgeschlossen. Da nun die Bl. befindliche Hauptvollmacht auf Ertheilung des Befugnisses zu Bestellung eines Nachbevollmächtigten nicht gerichtet ist, so vermag die von dem Hauptbevollmächtigten dem Verfasser der Berufungsschrift ertheilte Nachvollmacht die Legitimation des Letzteren zu Einlegung der Berufung nicht zu begründen. Nun hat zwar in gegenwärtiger Instanz der Anwalt des Beschwerdeführers durch Bezugnahme auf den Bl. seiner Handacten befindlichen, an ihn noch vor Einlegung der Berufung gelangten Brief des Privatklägers nachzuweisen versucht, daß Letzterer mit Uebertragung der Vollmacht auf den Verfasser der Berufungsschrift schon zur Zeit der Einlegung des Rechtsmittels einverstanden gewesen sei. Allein abgesehen davon, ob eine solche Zustimmung aus der in diesem Briefe ausgesprochenen Bitte: „im Einverständniß mit Rechtsanwalt M. gegen das Urtheil zu appelliren", abgeleitet werden könne, vermag überhaupt die erst nach Ablauf der Einlegungsfrist erfolgte Beibringung der zu Berichtigung des Legitimationspunktes erforderlichen Momente das wegen Mangels der letzteren innerhalb der Einlegungsfrist eingetretene Versäumniß des Rechtsmittels nicht aufzuheben, ohne daß in dieser Beziehung ein Unterschied darauf zu setzen wäre, ob der Mangel in der Legitimation, welcher innerhalb der Einlegungsfrist vorgelegen hat, erst nach Ablauf derselben gehoben, oder ob erst nach diesem Zeitpunkte der Nachweis geliefert wird, daß innerhalb der Einlegungsfrist ein nicht nachgewiesenes Erforderniß der Legitimation in der That vorhanden gewesen sei. Deshalb vermag auch die von dem Rechtsanwalt des Privatklägers mittels Eingabe vom 6./9. Mai d. J. überreichte, vom Privatkläger unter dem 29. April d. J. urkundlich ausgestellte Erklärung seines Einverständnisses mit der Unterbevollmächtigung des Rechtsanwalts M. an der Beurtheilung der Sache Nichts zu ändern. Wenn der Beschwerdeführer für die Meinung, daß im Strafprozesse die Berichtigung des Legitimationspunktes bei befristeten Rechtsmitteln auch nach Ablauf der Einlegungsfrist gestattet sei, auf die Commentare zur StPO. von

Löwe, nota 11a zu § 138 und

v. Schwarze, nota 2 zu § 339,

sich beruft, so bezieht sich die hierher gehörige Bemerkung des Letztern

lediglich auf die bis zum Inkrafttreten der StPO. geübte Praxis, während Löwe in der zweiten Auflage seines Commentars an der entsprechenden Stelle S. 366 auf die, seiner Ansicht entgegengesetzte Praxis des Reichsgerichts, vgl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, I. S. 71, III. S. 91,

ausdrücklich hinweist.

Verwaltungsstrafsachen.

5.

Gültigkeit der Vorschrift in § 24 Abs. 2 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betr., vom 1. Juli 1878 über die Unterbrechung der Verjährung der Strafverfolgung neben § 68 des Reichs-StGB. (§§ 2, 3 des Einführungsgesetzes zum StGB.)

Urtheil des OLG.'s vom 16. Novbr. 1881 no. 98 V. B.

Die Kaufleute Hugo R. und Joseph J. sind beschuldigt, daß sie seit Anfang November 1880 in der Stadt B., obwohl keiner von ihnen daselbst wohnhaft gewesen, unter der Form eines stehenden Gewerbebetriebs ein in Herren- und Knabengarderobe bestehendes Waarenlager zum Verkauf aus freier Hand durch einen Commis außerhalb der Jahrmärkte und öffentlicher Ausstellungen feil geboten, ohne einen Gewerbeschein für den Gewerbebetrieb im Umherziehen gelöst zu haben, — Zuwiderhandlung gegen §§ 4, 5, 16 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betreffend, vom 1. Juli 1878. Die Strafverfolgung wegen der Zuwiderhandlungen gegen dieses Gesetz verjährt nach § 24 desselben in drei Monaten von dem Tage an gerechnet, an welchem die Zuwiderhandlung begangen worden ist. Die Verjährung wird jedoch nach § 24 Abs. 2 des angezogenen Gesetzes unterbrochen durch jede zur Verfolgung der Uebertretung vorgenommene amtliche Handlung. Diese Bestimmung enthält eine erhebliche materielle Abweichung von § 68 des StGB.'s, wonach zu Unterbrechung der Verjährung eine Handlung des Richters, welche

wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet ist, erfordert wird, indem zwar jede Handlung des Richters auch eine amtliche Handlung ist, nicht aber jede amtliche Handlung eine Handlung des Richters. Da nach § 459 Abs. 3 der StPO. bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle der Strafbescheid der Verwaltungsbehörde in Betreff der Unterbrechung der Verjährung wie eine richterliche Handlung wirkt, so wurde die Verjährung der Strafverfolgung wegen Eingangs gedachter Zuwiderhandlung selbst aus dem Standpunkte des § 68 des StGB.'s zweifellos unterbrochen durch die nach Bl. am 31. December 1880 erfolgte Zustellung des nach Bl. von dem Stadtrathe zu B. erlassenen Strafbescheids. Nachdem jedoch die Beschuldigten gegen diesen Strafbescheid nach Bl. unter dem 5./7. Januar 1881 auf gerichtliche Entscheidung angetragen haben, ist die erste, den Erfordernissen von § 68 des StGB.'s entsprechende Handlung des Richters allererst in dem Bl. ersichtlichen, vom 31. Mai 1881 datirten Beschlusse des AG.'s B. auf Anberaumung der Hauptverhandlung, wenn nicht sogar erst in der nach Bl. am 17. Juni 1881 erfolgten Abhaltung der Hauptverhandlung selbst zu befinden, so daß zwischen der ersten und letzten nach § 68 des StGB.'s verbunden mit § 459 Abs. 3 der StPO. zu Unterbrechung der Verjährung geeigneten Handlung ein längerer als der nach § 24 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 für die Verjährung der Strafverfolgung maßgebende Zeitraum von drei Monaten verstrichen sein würde. Dazwischen liegen jedoch verschiedene, weder von den zuletzt erwähnten richterlichen, beziehentlich denselben gleich stehenden Handlungen, noch von einander durch den erwähnten Verjährungszeitraum getrennte amtliche Handlungen der Verwaltungs- und nicht richterlicher Behörden, indem nach Bl. der Stadtrath zu B. die Acten gemäß § 460 der StPO. unter dem 8./10. Januar 1881 an den Staatsanwalt zu L., und dieser dieselben nach Bl. der Zuständigkeit halber unter dem 14./16. Januar 1881 an den Amtsanwalt zu B. abgegeben, Letzterer aber, nachdem inzwischen der Stadtrath zu B. nach Bl. in Folge des Beschlusses des Kreissteuerraths zu L. vom 9. Januar 1881 Bl. die Acten zurückerbeten hatte, nach Bl. dieselben unter dem 19./20. Januar 1881 an den genannten Stadtrath zurückgegeben hat. Der Kreissteuerrath

zu L. war nämlich nach Bl. der Ansicht, daß der von den Beschuldigten gegen den Strafbescheid erhobene Widerspruch auch mit gegen seine eigene, dem Strafbescheide zu Grunde gelegte Entscheidung, daß das fragliche Waarenlager als Wanderlager anzusehen sei, gerichtet, daher insoweit als Recurs zu behandeln und zunächst eine Entscheidung über dieses Rechtsmittel herbeizuführen sei, weil, wenn dieselbe im Sinne der Remedenten ausfallen sollte, damit zugleich das Strafverfahren überhaupt Erledigung finden würde. Die demgemäß auf berichtliche Anzeige des Kreissteuerraths vom 22. März 1881, an welchen der Stadtrath zu B. die Acten nach Bl. unter dem 21./22. Januar 1881 wieder eingesendet hatte, von Seiten des Finanzministeriums nach Bl. unter dem 26. März 1881 ertheilte Entscheidung ist nach Bl. von dem Kreissteuerrath unter dem 1./9. April 1881 dem Stadtrath zu B. zu entsprechender Bescheidung der Recurrenten zugefertigt, und diese unter dem 9. April erlassene Bescheidung den Betheiligten am 11. dess. Monats zugestellt worden. Nach Bl. wurden unter dem 9./10. April 1881 die Acten von dem genannten Stadtrath anderweit an den Amtsanwalt zu B. abgegeben und auf dessen Veranlassung vom 12. Mai Bl. nach Bl. unter dem 24. Mai noch einige Erörterungen vorgenommen, worauf endlich nach Bl. unter dem 30. Mai 1881 die Acten von Seiten des Amtsanwalts mit dem Antrage auf Anberaumung der Hauptverhandlung an das AG. B. gelangt sind.

In den vorigen Instanzen ist auf Freisprechung der Angeklagten erkannt worden, weil Verjährung der Strafverfolgung eingetreten sei. Die von der Staatsanwaltschaft gegen das Urtheil der Berufungsinstanz eingelegte Revision rügt Verletzung der Bestimmung in § 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juli 1878.

Die bei Beurtheilung dieses Rechtsmittels sich zunächst darbietende Frage, ob gemäß § 69 des StGB.'s bis zur endgültigen Entscheidung darüber, ob das feilgebotene Waarenlager als Wanderlager anzusehen sei, die Verjährung geruht habe, war zu verneinen, weil die nurgedachte Entscheidung nicht auf eine Vorfrage sich bezogen hat, von deren Beantwortung der Beginn oder die Fortsetzung des Strafverfahrens abhängig gewesen wäre. Denn nach § 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 besteht unter den dort angegebenen that-

sächlichen Voraussetzungen des Feilbietens zunächst die Präsumtion für das Wanderlager, und bis zur Feststellung des Gegentheils die Steuerpflicht. Insbesondere bedarf es, um für den Zweck eines derartigen Feilbietens die Verbindlichkeit zur Lösung eines Legitimationsscheines für das laufende Kalenderjahr zu begründen, nicht erst einer Entscheidung darüber, ob das feilgebotene Waarenlager als Wanderlager anzusehen sei. Diese Entscheidung wird vielmehr erst dann nothwendig, wenn der Steuerpflichtige die Qualität eines feilgebotenen Waarenlagers als eines Wanderlagers bestreitet, und dient nur zur Feststellung der Steuerpflicht für die Zukunft.

Dagegen waren bei Prüfung der Frage, ob Unterbrechung der Verjährung eingetreten sei, nicht blos die oberwähnten richterlichen und denselben gesetzlich gleichstehenden Handlungen, sondern auch die übrigen, in den Verjährungszeitraum fallenden, von Verwaltungsbehörden und der Staatsanwaltschaft vorgenommenen amtlichen Handlungen gemäß der Vorschrift in § 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 in Betracht zu ziehen. Die ausschließliche Anwendbarkeit der Vorschrift in § 68 des StGB.'s wird nicht dadurch bedingt, daß die Sache mit dem Antrage des Beschuldigten auf gerichtliche Entscheidung in das Stadium der Gerichtszuständigkeit eintrat, da jene Vorschrift nicht processualer, sondern materiell strafrechtlicher Natur ist. Die Bestimmung in § 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 ist aber, ungeachtet ihrer materiellen Abweichung von § 68 des StGB.'s, bei der Aburtheilung von Steuerstrafsachen, welche unter jenes Landesgesetz fallen, vermöge der Vorschriften in §§ 2 und 3 des Einführungsgesetzes zum StGB. vom 31. Mai 1870 für maßgebend zu erachten. In Folge der zuletzt angezogenen Vorschriften verbleiben die in Landesgesetzen über die in § 2 Abs. 2 des Einführungsgesetzes dem Landesstrafrecht vorbehaltenen Materien, demnach auch in Steuergesetzen, enthaltenen besonderen Bestimmungen, auch wenn sie allgemeine strafrechtliche Grundsätze betreffen und insoweit von den bezüglichen Vorschriften des allgemeinen Theiles des StGB.'s abweichen, in Kraft. Vgl. die Commentare zum StGB.

von Schwarze's, ed. IV. S. 160 no. 2,

Rüdorff's, Anmerk. 3 zu § 3 des Einführungsgesetzes,

Annalen des OAG.'s, 2. Folge II. S. 149,

Goltdammer's Archiv, 21. Bd. S. 184,
Rechtsprechung des Obertribunals, 12. Bd. S. 313.

Nun ist zwar das mehrangezogene sächsische Gesetz vom 1. Juli 1878 erst nach dem Inkrafttreten des Reichs-StGB.'s erlassen worden. Allein die Vorschriften in §§ 2 und 3 des Einführungsgesetzes beschränken sich nicht auf diejenigen, in das Gebiet des vorbehaltenen Landesstrafrechts fallenden Landesgesetze, welche zur Zeit des Inkrafttretens des Reichs-StGB.'s bereits in Geltung waren. Vielmehr ist durch jene Vorschriften das Verhältniß des Reichs-StGB.'s zu dem Landesstrafrecht überhaupt und dauernd geregelt worden, so daß das Reichs-StGB. auch dem weiteren Erlasse solcher strafrechtlicher Vorschriften, welche den in § 2 des Einführungsgesetzes bezeichneten Charakter an sich tragen, nicht entgegensteht. Dies gilt, beziehentlich mit der aus § 5 des nämlichen Gesetzes sich ergebenden Beschränkung, nicht blos von der Normirung des Thatbestands und der Strafen, sondern auch von solchen, damit im Zusammenhang stehenden Nebenvorschriften, welche von den in dem allgemeinen Theile des Reichs-StGB.'s enthaltenen strafrechtlichen Grundsätzen abweichen, indem diese Grundsätze keineswegs, wie z. B. von

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 11. Aufl. S. 95,

aufgestellt wird, als eine einheitliche Materie im Sinne von § 2 des Einführungsgesetzes zum Reichs-StGB. betrachtet werden können. Vgl.

v. Schwarze, a. a. O. Seite 160 no. 3.,
Rüdorff, a. a. O. bei den Worten: „beziehentlich ferner erlassen werden",
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, II. Bd. S. 34, 35.

Ist aber hiernach die Landesgesetzgebung nicht behindert, auch nach dem Inkrafttreten des Reichs-StGB.'s bezüglich derjenigen Materien, welche durch das Reichs-StGB. nicht berührt werden, Bestimmungen zu treffen, welche von den Vorschriften des allgemeinen Theils des Reichs-StGB.'s abweichen, so hat sich auch der sächsische Gesetzgeber in den Grenzen seiner reichsverfassungsmäßigen Competenz gehalten, wenn er in § 24 Abs. 2 des mehrangezogenen Gesetzes vom 1. Juli 1878 bestimmte, daß die Verjährung der Strafverfolgung wegen der unter dieses Gesetz fallenden Steuerdelicte nicht blos, wie § 68

des Reichs-StGB.'s erfordert, durch Handlungen des Richters, sondern auch durch jede zur Verfolgung der Uebertretung vorgenommene amtliche Handlung unterbrochen werde.

Den hierbei nach Obigem in Frage kommenden amtlichen Handlungen kann auch die Eigenschaft, daß sie „zur Verfolgung der Uebertretung" vorgenommen worden seien, nicht abgesprochen werden. Denn über das Vorhandensein dieser Eigenschaft entscheidet nicht die Zwecktauglichkeit der Handlung an sich, sondern die Tendenz, in welcher sie vorgenommen wurde. Daß aber die nach Obigem von dem Kreissteuerrathe zu L. noch vor Beginn des gerichtlichen Strafverfahrens betriebene Herbeiführung einer Entscheidung im Verwaltungswege darüber, ob das feilgebotene Waarenlager als Wanderlager anzusehen sei, wenn schon diese Entscheidung für den Beginn und Fortgang des gerichtlichen Strafverfahrens entbehrlich war, doch mindestens den Zweck verfolgte, die Unterlage für Beurtheilung der Straffälligkeit der Beschuldigten herbeizuschaffen, und insofern auf Verfolgung der Uebertretung gerichtet war, darin ist den Ausführungen der Staatsanwaltschaft beizupflichten.

Nicht minder läßt der Beschluß vom 19. Januar 1881 Bl., mittels dessen der Amtsanwalt zu B. die Acten an den dasigen Stadtrath zurückgab, unzweideutig erkennen, daß die obige Auffassung des Kreissteuerraths auch von dem Amtsanwalt, welchem es nach § 460 der StPO. oblag, die Acten dem Gericht vorzulegen, getheilt wurde.

Wenn demnach das Urtheil der Berufungsinstanz auf Verletzung der Vorschrift in § 24 Abs. 2 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 beruht, so war dasselbe in Beachtung der dagegen von der Staatsanwaltschaft eingelegten Revision aufzuheben.

6.

Hinterziehung der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen wird nach § 16 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 durch blose Feilbietungsacte der in § 8 bezeichneten Art nur dann begründet, wenn darin bereits die Ausübung des betreffenden Gewerbes liegt.

Urtheil des OLG.'s vom 18. Januar 1882 no. 122 V. B. 1881.

Der Angeklagte G., welcher in O. wohnt und eine gewerbliche

Niederlassung in G. nicht begründet hat, veröffentlichte in der am 25. August v. J. erschienenen Nummer des G.'er Unterhaltungs- und Anzeigeblatts eine die Unterschrift „F. G., prakt. Chirurg und Hydropath" tragende Erklärung, Inhalts deren er Rheumatismus-, Nerven-, Magen- und Unterleibskranken u. s. w. sichere und reelle Hülfe durch sein langjährig bewährtes naturgemäßes Heilverfahren in Aussicht stellte und gleichzeitig zur Anzeige brachte, daß er jeden Sonnabend in G. im Hôtel zur goldnen Kugel Zimmer Nr. .. zu sprechen sein werde. Auch hielt er sich am darauffolgenden Sonnabende (27. August) in Wirklichkeit in dem bezeichneten, von ihm als Sprechzimmer für die von ihm erwarteten Kunden belegten Hôtelzimmer auf und zu Gewährung seiner, übrigens ohne jede etwaige vorhergegangene Bestellung, den Kranken zugesagten „Hülfe" bereit. Endlich ist festgestellt, daß bei den Seiten desselben in Aussicht gestellten, zweifellos gewerblichen, Leistungen ein höheres wissenschaftliches Interesse nicht obwaltete.

Auf diese Beweisannahme hat das Berufungsgericht die nach § 16 verb. mit § 1 sub 4 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betreffend, vom 1. Juli 1878 erfolgte Verurtheilung des Angeklagten gestützt; es ist dies jedoch unter einer Motivirung geschehen, durch welche die Begriffsmerkmale des cit. § 16 als genügend gedeckt nicht angesehen werden können.

Die vorigen Richter sind Inhalts des Seiten des Angeklagten mittelst des Rechtsmittels der Revision angefochtenen Urtheils zu obiger Verurtheilung ausschließlich an der Hand des Ausspruchs gelangt, daß dem Angeklagten nach den vorgedachten Feststellungen zur Last falle, seine auf die Ausübung der Heilkunde hinauslaufenden gewerblichen Leistungen (vgl auch § 4 der Ausführungsverordnung vom 6. Juli 1881) feilgeboten zu haben. Dieser Ausspruch würde zwar zu Constatirung dessen vollständig genügen, daß der Angeklagte der Vorschrift des § 1 des Gesetzes entgegengehandelt habe, nach welcher schon derjenige, welcher außerhalb seines Wohnorts ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigner Person gewerbliche Leistungen, bei denen ein höheres wissenschaftliches Interesse nicht obwaltet, feilbieten will, der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterliegt; allein der

in § 16 enthaltenen Strafbestimmung ist Niemand schon um deswillen, weil er einer Zuwiderhandlung gegen §§ 1 und 5 d. h. einer Verabsäumung seiner Steuerpflicht durch Unterlassung der Anmeldung des beabsichtigten Gewerbebetriebs sowie der Einlösung eines Gewerbescheins sich schuldig gemacht hat, verfallen, vielmehr muß, um den Begriff der Hinterziehung obengedachter Steuer zu erfüllen, auch noch die wirkliche Ausübung des beabsichtigten Gewerbebetriebs hinzutreten, indem mit der in § 16 geordneten Strafe, welche in einer dem doppelten Betrage der Jahressteuer für das betriebene Gewerbe gleichen Geldstrafe bestehen soll, nur derjenige bedroht ist, welcher, ohne einen Gewerbeschein eingelöst zu haben, ein der Steuer im Umherziehen unterworfenes „Gewerbe betreibt". Mögen nun auch vielleicht in den weitaus meisten Fällen, in denen Feilbietungsacte im Sinne von § 1 des Gesetzes constatirt werden, letztere gleichzeitig als wirkliche Gewerbebetriebsacte im Sinne von § 16 des Gesetzes sich darstellen, so gehört doch immerhin der wirkliche Betrieb des Gewerbes oder, wie § 22 des Gesetzes sich ausdrückt, die thatsächliche Ausübung des Gewerbebetriebs so zweifellos zu den gesetzlichen Merkmalen einer nach § 16 des Gesetzes zu ahndenden strafbaren Handlung (§ 266 der StPO.), daß es Aufgabe des Richters über die Thatfrage bleibt, in jedem Einzelfalle ausdrücklich zu constatiren, ob in dem betreffenden Feilbietungsacte gleichzeitig ein Act des Gewerbebetriebs im Sinne von § 16 des Gesetzes zu erblicken sei oder nicht. Und ein Ausspruch dieser Art ist in dem Berufungsurtheile zu vermissen, wenigstens an allen Stellen desselben, welche der Bl. anzutreffenden rechtlichen Schlußfolgerung, daß der Angeklagte das in § 16 des Gesetzes mit Strafe bedrohte Delict begangen habe, vorangehen und dieselbe zu motiviren bestimmt sind. Hiernach hat man davon auszugehen, daß diese Schlußfolgerung auf einer nicht haltbaren Basis aufgebaut worden sei, möge man nun letztere in der irrthümlichen Auffassung, als ob zum Thatbestande des § 16 des Gesetzes überhaupt kein wirklicher Gewerbebetrieb gehöre, oder in der ebensowenig zu billigenden Ansicht zu suchen haben, daß jedes Feilbieten schon begrifflich einen Gewerbebetriebsact in sich schließe. Zwar enthält ein späterer, die Strafabmessung behandelnder Passus des Urtheils einen Satz, in welchem auch des „thatsächlich

ausgeübten Gewerbebetriebs" Erwähnung geschieht, jedoch würde es schon um deswillen bedenklich haben erscheinen müssen, etwa aus der an dieser Stelle gebrauchten Ausdrucksweise das Material für Ergänzung jener Lücke entnehmen zu wollen, weil nach den vorangegangenen Deductionen die Annahme nicht ausgeschlossen ist, es habe durch jenen Ausdruck entweder auf die nurgedachte, nicht als richtig anzuerkennende Auffassung, als ob jedes Feilbieten schon begrifflich einen Act des Gewerbebetriebs selbst enthalte, hingedeutet oder auch nur hypothetisch ausgesprochen werden wollen, welchen Jahressteuerbetrag der Angeklagte, dafern er den in Wirklichkeit von ihm zunächst nur angekündigten Gewerbebetrieb thatsächlich ausgeübt haben würde, zu entrichten verpflichtet gewesen wäre.

Hiernach war das Berufungsurtheil aufzuheben und die Sache zur anderweiten zweitinstanzlichen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

7.

Steuerpflichtigkeit der Wanderlager. (§ 4 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betr., vom 1. Juli 1878.)

Urtheil des OLG.'s vom 3. Mai 1882 no. 26 V. B.

Nach den Feststellungen der Berufungsinstanz haben die Inhaber der Firma: R. und C. zu L. seit Anfang November 1880 in der Stadt B., also außerhalb ihres Wohnorts, ein Waarenlager, bestehend in Herren- und Knabengarderobestücken, zum Verkauf aus freier Hand außerhalb der Messen, Jahrmärkte und öffentlichen Ausstellungen durch einen Dritten, ihren Commis L., feilbieten lassen, demnach ein nach § 4 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betreffend, vom 1. Juli 1878, der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfenes Gewerbe begonnen, ohne vorher den Vorschriften des § 5 des nämlichen Gesetzes durch Einlösung eines Gewerbescheins genügt zu haben. Vielmehr haben die genannten Angeklagten sich darauf beschränkt, den Betrieb des gedachten Gewerbes bei dem Stadtrathe zu B. als einen stehenden anzumelden. Durch diese Feststellungen wird zugleich im Hinblick darauf, daß die Handlungsweise der Angeklagten Bl. als eine vor-

sätzliche bezeichnet wird, der Thatbestand einer nach § 16 des mehr-angezogenen Gesetzes zu beurtheilenden Hinterziehung der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen unzweifelhaft gedeckt, und es kann sich nur fragen, ob der von den Angeklagten in der Berufungshauptverhandlung unternommene Nachweis, daß sie schon mit der Anmeldung des Lagers als eines stehenden die Absicht verbunden, eine nicht vorübergehende, sondern dauernde Zweigniederlassung in B. zu begründen, und daß sie in der That eine dauernde gewerbliche Niederlassung daselbst begründet haben, wenn gelungen, die Wirkung hätte äußern müssen, ihre Freisprechung von der Anklage herbeizuführen.

Die vorige Instanz hat diese Frage, indem sie über das Ergebniß der Beweisaufnahme in den vorstehend angegebenen Richtungen bestimmte Feststellungen nicht trifft, auch für den Fall, daß der gedachte Nachweis vollständig gelungen wäre, verneint, weil nach dem Sinne der Vorschrift in § 4 des angezogenen Gesetzes die Steuerpflicht des Begründers einer auch für die Dauer bestimmten gewerblichen Niederlassung so lange bestehe, als nicht außer Zweifel gesetzt sei, daß der Inhaber eine dauernde gewerbliche Niederlassung begründet habe, sonach bis zu dem Zeitpunkte, wo der Inhaber derselben diesen Nachweis führe, jedenfalls aber zunächst für die Dauer des Kalenderjahres, in welchem der Gewerbebetrieb begonnen habe, auch wenn solcher als stehender angemeldet worden sei.

Dieser Auffassung liegt unrichtige Auslegung des § 4 des mehr-angezogenen Gesetzes, wie von den Angeklagten zu Begründung ihrer Revision gerügt wird, nicht zu Grunde.

Nach dem klaren Wortlaute der nurangezogenen Gesetzesstelle besteht unter den daselbst angegebenen thatsächlichen Voraussetzungen des Feilbietens zunächst die Vermuthung für das Wanderlager, und bis zur Feststellung des Gegentheils die Steuerpflicht. Vermag der Inhaber eines Gewerbebetriebs, welcher nach den ihm anhaftenden äußeren Merkmalen auf die Errichtung eines Wanderlagers schließen läßt, außer Zweifel zu setzen, daß er eine dauernde gewerbliche Niederlassung begründet habe, so befreit ihn dieser Nachweis, auch wenn derselbe noch im Laufe des Kalenderjahres, in welchem der Gewerbebetrieb begonnen worden, geführt wird, von der Steuerpflicht nur für die Zukunft.

Dieser Sinn des Gesetzes ergiebt sich auch deutlich aus den Motiven,

Landtagsacten aus den Jahren 1877/78, Königl. Decrete, 2. Bd. Decret no. 33 S. 10 flg.

Hiernach sollten die in § 4 getroffenen Bestimmungen dazu dienen, eine angemessene Besteuerung der Wanderlagerverkäufer, welche sich der Form des stehenden Gewerbebetriebs bedienen, zu ermöglichen und eine Lücke der Gesetzgebung auszufüllen, welche die Füglichkeit gewährte, daß die Wanderlagerverkäufer der Steuer vom Gewerbebetrieb sich entzogen, indem sie an denjenigen Orten, wo sie ihren Handel betreiben wollten, die für den stehenden Gewerbebetrieb in § 14 der Reichs-Gewerbeordnung vorgeschriebene Anmeldung bewirkten, wodurch sie, da diese Anmeldung jeden Augenblick zurückgenommen werden konnte, den Vortheil erlangten, zwischen zwei Steuerterminen ihr gewinnbringendes Gewerbe zum Nachtheil der seßhaften Handel- und Gewerbetreibenden, welche ihre Steuern an Staat und Gemeinde entrichten müssen, ohne jedwede Steuerentrichtung betreiben zu können. Um diesen unhaltbaren Zustand zu beseitigen, sollten durch die Vorschriften in § 4 die der Form des stehenden Gewerbebetriebs sich bedienenden Wanderlagerverkäufer ohne Unterschied, ob sie sich der Form des stehenden Gewerbebetriebs oder der des Gewerbebetriebs im Umherziehen bedienten, vor Beginn ihres Gewerbebetriebs zur Lösung eines Gewerbescheins sowie zur Erlegung der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen verpflichtet und der letzteren so lange unterworfen werden, als unzweifelhaft feststehe, daß ihre Absicht in der That und nicht blos zum Scheine auf Begründung einer bleibenden gewerblichen Niederlassung gerichtet sei.

Demgemäß wurden die Angeklagten dadurch, daß sie ihren Eingangs gedachten, den in § 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 bezeichneten Merkmalen eines Wanderlagerverkaufs entsprechenden Gewerbebetrieb bei dem Stadtrathe zu B. als einen stehenden anmeldeten, wie auch schon der Wortlaut des Gesetzes an die Hand giebt, der Verpflichtung, vor Beginn dieses Gewerbebetriebs gegen Entrichtung der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen einen Gewerbeschein zu lösen, nicht enthoben, und ebensowenig vermochte der etwaige spätere Nachweis, daß sie schon bei Anmeldung des Lagers

als einen stehenden die Absicht gehabt, eine dauernde Zweigniederlassung in B. zu begründen, und eine solche auch in der That begründet haben, eine Befreiung von jener Steuerpflicht auch für die Vergangenheit herbeizuführen. Wenn es daher in der That gleichgültig erscheint, ob den Angeklagten der nurerwähnte Nachweis im Laufe der gegenwärtigen Untersuchung gelungen sei, oder nicht, so beruht ihre lediglich darauf, daß sie einen, nach seiner äußeren Erscheinung als Wanderlagerverkauf sich darstellenden Gewerbebetrieb ohne vorherige Einlösung eines Gewerbescheins begonnen haben, gegründete Bestrafung nach § 16 des oftерwähnten Gesetzes wegen Hinterziehung einer Jahressteuer für das betriebene Gewerbe keineswegs auf unrichtiger Gesetzesanwendung.

8.

Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen. Begriff der „gewerblichen Leistungen" im Sinne von § 1 Ziff. 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878. Viehmäklergeschäft.

Urtheil des OLG.'s vom 12. Juli 1882 no. 56 V. B.

Das angefochtene Urtheil stellt fest, daß der Angeklagte im Laufe des Jahres 1881 im Inlande die Vermittelung oder Abschließung von Viehankäufen für Fleischer gewerbmäßig betrieben, indem derselbe in der Umgebung seines Wohnorts gegen eine geringe Gebühr theils für Fleischer bei Landwirthen bald im Namen der Fleischer, mithin als deren Stellvertreter, bald im eigenen Namen, jedoch für Rechnung eines Bankfleischers, welcher ihn im Allgemeinen beauftragt gehabt, ihm vorkommenden Falls Vieh zu versorgen, demnach als Beauftragter Dritter, Vieh angekauft, — theils seine Thätigkeit darauf gerichtet habe, als Zwischenträger zwischen den Landwirthen und den Fleischern das Zustandekommen von Viehkäufen herbeizuführen. In dieser Thätigkeit hat die vorige Instanz zwar die Ausübung eines Gewerbes, nicht aber einen Gewerbebetrieb im Umherziehen erblickt und daher weder § 55 der Reichs-Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869, noch das Landesgesetz, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betreffend, vom 1. Juli 1878 für anwendbar er-

achtet. Insbesondere wird vou der vorigen Instanz verneint, daß der Angeklagte gewerbliche Leistungen im Umherziehen feilgeboten habe, indem die Thätigkeit, welche derselbe Anderen, den Fleischern, allerdings außerhalb seines Wohnorts, auch ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und zum Theil ohne vorgängige Bestellung dienstbar gemacht habe, nicht unter den Begriff der „gewerblichen Leistungen" im Sinne § 1 Ziffer 4 des oberwähnten Gesetzes falle.

Die Revision der Staatsanwaltschaft rügt unrichtige Auslegung der nurangezogenen Gesetzesstelle und führt aus, daß die Thätigkeit des Angeklagten, wie sie von der Berufungsinstanz festgestellt worden, als Feilbietung gewerblicher Leistungen anzusehen sei.

Dem Beschwerdeführer konnte nicht beigepflichtet werden.

Der in § 1 Ziffer 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 gebrauchte Ausdruck: „gewerbliche Leistungen" läßt es zweifelhaft erscheinen, ob darunter jede, wie immer geartete, Thätigkeit, welche gewerbmäßig betrieben wird, zu verstehen sei, oder nur solche Leistungen, welche sich als Gewerbsarbeiten, d. h. als die Bethätigung einer nach bestimmten Regeln erlernten Fertigkeit, welche nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche als „Gewerbe" bezeichnet zu werden pflegt, darstellen. Von letzterer Beschaffenheit sind die Dienste eines Agenten, eines bloßen Vermittlers zwischen Angebot und Nachfrage zum Zweck der Abschließung von Rechtsgeschäften, offenbar nicht, wie denn auch die Motive zu Titel III der Reichs-Gewerbeordnung — vergl. den Abdruck in Krug's Gewerbeordnung, 3. Aufl. S. 55 — von dem Begriff des Gewerbebetriebs im Umherziehen „die Vermittelung von Geschäften" ausdrücklich ausscheiden. Die Begriffsbestimmung, von welcher hiernach die Reichs-Gewerbeordnung ausgegangen, ist aber für die Auslegung des § 1 Ziffer 4 des königl. sächs. Gesetzes vom 1. Juli 1878 von um so größerer Bedeutung, als die Motive zu diesem, bei den landständischen Berathungen unverändert angenommenen Paragraphen hervorheben, daß der Entwurf im Wesentlichen dem § 55 der Reichs-Gewerbeordnung entspreche und in der Hauptsache nur denjenigen Gewerbebetrieb der Besteuerung unterwerfe, für welchen es nach der ersteren eines Legitimationsscheines bedürfe. Vgl.

Landtags-Acten von den Jahren 1877/78, 2. Bd. Decret no. 33 S. 15.

Für die oben bemerkte engere Auffassung spricht übrigens auch der Ausdruck: „gewerbliche" Leistungen, welcher darauf hindeutet, daß darunter Leistungen eines bestimmten Gewerbes zu verstehen seien, während, wenn darunter jede, wie immer beschaffene Thätigkeit, welche fortgesetzt zum Erwerb des Lebensunterhalts betrieben wird, begriffen werden sollte, es näher gelegen hätte, die fraglichen Leistungen als „gewerbmäßige" zu bezeichnen.

Die eingelegte Beschwerde war daher als unbegründet zu verwerfen.

9.

Grenzen der Strafbarkeit unangemeldeter Erweiterung des Gewerbebetriebs im Umherziehen. (§ 17 verbunden mit § 6 des Gesetzes über die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen vom 1. Juli 1878.)

Urtheil des OLG.'s vom 8. November 1882 no. 104 V. B.

Die von dem als Nebenkläger aufgetretenen Stadtrath zu Fr. an beide Angeklagte erlassenen, jedoch von denselben durch Antrag auf gerichtliche Entscheidung außer Kraft gesetzten Strafbescheide sind auf Zuwiderhandlung gegen § 19 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betreffend, vom 1. Juli 1878 gerichtet, indem M. beschuldigt wurde, am 20. December 1881 durch seinen von ihm hierzu beauftragten Gehülfen K. in Fr. das Gewerbe der Heilkunde ausgeübt zu haben, ohne daß Letzterer im Besitz eines Gewerbescheins gewesen sei, während dem K. die Ausübung des Gewerbes der Heilkunde zu der angegebenen Zeit und an dem bezeichneten Orte im Auftrage M.'s ohne Besitz eines Gewerbescheines beigemessen wurde. Die Berufungsinstanz hat für erwiesen angesehen, daß der Angeklagte M. als ärztlicher Empiriker im Jahre 1881 die Heilkunde durch Vornahme von Bandwurmkuren gewerbmäßig zwar im Umherziehen, jedoch nach erfolgter Anmeldung dieses Gewerbebetriebs bei der zur Ausstellung des hierzu erforderlichen Gewerbescheins zuständigen Behörde und nach Abentrichtung der von der Steuerbehörde für das nämliche Jahr bestimmten Gewerbesteuer ausgeübt, der Mitangeklagte K. aber als Gehülfe des Angeklagten M.

in dessen Auftrage und für dessen Rechnung, jedoch ohne Theilnahme am Ertrage seiner Mühwaltung, welche er vielmehr seinem Auftraggeber gegen feste Vergütung verdungen gehabt, das Gewerbe seines Auftraggebers am 20. December 1881 in der Stadt Fr. in der Weise betrieben habe, daß von ihm an Andere Anweisungen zur Empfangnahme einer zur Vertreibung des Bandwurms angeblich geeigneten Arznei aus der Apotheke zu N. gegen Erlegung eines gewissen Entgelts verabreicht worden seien. Durch den aus der letzteren Feststellung verbunden mit der Annahme, daß bei dieser gewerblichen Leistung ein höheres wissenschaftliches Interesse nicht obgewaltet habe, mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 2 der Verordnung des Finanzministeriums, die weitere Ausführung des Gesetzes über die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen vom 1. Juli 1878 betreffend, vom 6. Juli 1881 sich ergebenden Wegfall der Strafbarkeit K.'s nach § 19 des nurangezogenen Gesetzes vom 1. Juli 1878 erledigte sich zwar, wie auch Nebenkläger nicht bezweifelt, auch die Verantwortlichkeit M.'s nach dieser Strafbestimmung. Gleichwohl erachtet Nebenkläger die Freisprechung M.'s nicht für gerechtfertigt, weil gegen denselben nach Maßgabe der Feststellungen eine selbständige, als Hinterziehung strafbare Uebertretung der Steuerpflicht beanzeigt erscheine. Die Revision des Nebenklägers bezeichnet nämlich die Vorschriften in § 6 verbunden mit §§ 16 und 17 des mehrangezogenen Gesetzes vom 1. Juli 1878 durch Nichtanwendung als verletzt und führt aus: wenn K. nicht als Stellvertreter M.'s im Sinne von § 19 des nurerwähnten Gesetzes angesehen werden könne, so sei er mindestens als Gehülfe desselben zu betrachten; solchenfalls sei aber M. nach § 6 verpflichtet gewesen, die Annahme dieses Begleiters behufs Ergänzung des gelösten Gewerbescheins anzumelden und habe durch Unterlassung dieser Anmeldung der zuständigen Behörde die Möglichkeit entzogen, die durch die Erweiterung seines Gewerbebetriebs sich nöthig machende höhere Besteuerung desselben zu bewirken, wodurch er sich nach §§ 16 und 17 strafbar gemacht habe. Allein, wollte man selbst zwischen dieser und der im Strafbescheide bezeichneten Zuwiderhandlung Identität der That annehmen, so daß die Berufungsinstanz auf Grund des § 263 der StPO. berechtigt gewesen wäre, auf die erstere zuzukommen, wollte man ferner, obwohl

die Feststellungen der vorigen Instanz keinen Anhalt dafür ergeben, daß K. bei Ausübung der Gewerbehandlung, welche zu der wider ihn eingeleiteten Strafverfolgung geführt hat, sich in Begleitung M.'s befunden habe, für feststellbar erachten, daß M. den K. als Begleiter mitgeführt habe: so war doch für das Berufungsgericht kein Anlaß vorhanden, aus diesem Gesichtspunkte weitere Feststellungen zu treffen, weil durch dieselben eine strafbare Steuerhinterziehung nicht begründet werden würde. Die als Hinterziehung der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen strafbaren Handlungen werden in §§ 16 und 17 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 bezeichnet. Nach § 16 ist strafbar: wer, ohne einen Gewerbeschein eingelöst zu haben, ein der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen unterworfenes Gewerbe betreibt. Diese Strafbestimmung setzt also den Mangel jeglichen Gewerbescheines voraus und erscheint auf M. deshalb nicht anwendbar, weil derselbe festgestellter Maßen für den Betrieb der Heilkunde im Umherziehen auf das Jahr 1881 einen Gewerbeschein eingelöst hatte. Der § 17 correspondirt nun zwar dem § 6, deckt sich aber mit dem Inhalte desselben nicht so vollständig, daß jede der in § 6 bezeichneten Aenderungen in Bezug auf den Gewerbebetrieb nach erfolgter Einlösung des Gewerbescheins ohne vorherige Anmeldung als eine nach § 17 strafbare Zuwiderhandlung angesehen werden könnte. Vielmehr bedroht § 17 solche unangemeldete Aenderungen des Gewerbebetriebs mit Strafe nur in den Fällen:

a) wenn ein anderes, der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen unterliegendes Gewerbe, als das im Gewerbescheine bezeichnete, betrieben wird, und

b) wenn der Gewerbebetrieb im Umherziehen auf andere, als die im Gewerbescheine bezeichneten Gegenstände (Waaren, Leistungen) ausgedehnt wird,

trifft aber nicht die in § 6 noch überdies erwähnten Fälle:

c) wenn der Gewerbtreibende nach Einlösung des Gewerbescheins im Laufe des Steuerjahres ohne vorgängige Anmeldung Begleiter, Fuhrwerk oder Wasserfahrzeuge, ohne daß dies im Gewerbescheine vermerkt ist, oder in größerer als der darin angegebenen Anzahl mitführt. Eine solche Erweiterung des Geschäftsbetriebs mag die Verpflichtung zur Nachzahlung der dadurch bedingten Steuererhöhung zur

Folge haben; allein als Hinterziehung kann sie nicht gestraft werden, da Strafbestimmungen nicht ausdehnend erklärt werden dürfen und es daher unstatthaft erscheint, die Strafbestimmungen des § 17 auch auf andere nach Einlösung des Gewerbescheines unangemeldet unternommene Erweiterungen des Gewerbebetriebs, als die Ausdehnung desselben auf andere Waaren oder Leistungen, zu beziehen.

Die eingelegte Revision war daher als unbegründet zu verwerfen.

10.

Die Entscheidung darüber, ob ein feilgebotenes Waarenlager als Wanderlager im Sinne von § 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 anzusehen sei, gebührt im gerichtlichen Strafverfahren ausschließlich dem Richter. — Bedeutung der in § 459 Abs. 2 der StPO. enthaltenen Clausel: „sofern er nicht eine nach den Gesetzen zugelassene Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde ergreife."

Urtheil des OLG.'s vom 31. Januar 1883 no. 4 V. B.

Der in Neuschönefeld bei Leipzig wohnhafte Angeklagte ist beschuldigt, daß er im Jahre 1882 wiederholt, namentlich aber am 29. Juni in der grünen Wiese zu Lindenau und am 1. Juli im Lagerhofe zu Neustadt, demnach außerhalb seines Wohnorts, durch Veranstaltung von Auctionen Wanderlager feilgeboten habe, ohne dieses, der Steuer vom Gewerbebetriebe im Umherziehen unterliegende Gewerbe für das laufende Kalenderjahr behufs Entrichtung der Steuer angemeldet und vor Beginn des Gewerbebetriebs einen Gewerbeschein eingelöst zu haben, — Zuwiderhandlung gegen §§ 4, 5, 16 des Gesetzes, die Besteuerung des Gewerbebetriebs im Umherziehen betr., vom 1. Juli 1878. Nachdem zufolge Bl. durch den Kreissteuerrath zu L. dieser Gewerbebetrieb als Wanderlagerbetrieb erklärt und die deshalb zu entrichten gewesene Jahressteuer auf 50 M. festgestellt worden, hat die Bezirkssteuereinnahme zu L. Bl. an den Beschuldigten einen auf Festsetzung einer Geldstrafe von 100 M. gerichteten Strafbescheid erlassen, in welchen sie zugleich die nurgedachte Entscheidung des Kreissteuerraths mit aufgenommen hat. Ohne

von dem ihm nach § 4 des angezogenen Gesetzes gegen diese Entscheidung zustehenden Recurs an das Finanzministerium Gebrauch zu machen, hat der Beschuldigte Bl. gegen den erwähnten Strafbescheid auf gerichtliche Entscheidung angetragen. In dessen Folge gelangte die Sache an das Schöffengericht zu L., welches den Angeklagten nach Bl. wegen Hinterziehung der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen verurtheilt hat. Auf Berufung des Angeklagten hat jedoch die Strafkammer des LG.'s L., ohne in der Sache selbst zu entscheiden, das angefochtene Urtheil sowie das gesammte bisherige gerichtliche Verfahren aufgehoben.

Das hierauf gerichtete Urtheil der Berufungsinstanz hat die Staatsanwaltschaft wegen unrichtiger Anwendung der Bestimmungen in § 4 Abs. 2 flg. des angezogenen Gesetzes vom 1. Juli 1878 mittels Revision angefochten.

Die nurerwähnte Entscheidung beruht nach Ausweis der Urtheilsgründe darauf, daß die Strafkammer den nach Obigem an den Angeklagten erlassenen Strafbescheid, als die Unterlage des eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens, um deswillen für nichtig erachtet, weil derselbe die in § 459 Abs. 2 der StPO. als Bestandtheil des Inhalts eines Strafbescheids bezeichnete Clausel: „sofern er (der Beschuldigte) nicht eine nach den Gesetzen zugelassene Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde ergreife", nicht enthält, welche im vorliegenden Falle in Betracht dessen nicht zu entbehren gewesen, daß in den Strafbescheid zugleich die Entscheidung des Kreissteuerraths darüber, daß das feilgebotene Waarenlager als Wanderlager anzusehen, mit aufgenommen worden sei.

Hierbei ist das Berufungsgericht, indem es sich aus diesem Grunde für behindert erklärt, auf Grund der im Strafbescheide angezogenen Gesetzesbestimmung zu verhandeln und zu entscheiden, und die Erledigung der Behinderungsgründe der Steuerbehörde überläßt, von der Ansicht ausgegangen, daß die Entscheidung über die Eigenschaft eines Waarenlagers als Wanderlager ein Thatbestandsmoment der im Strafbescheide angegebenen Zuwiderhandlung bilde, welches mit Rücksicht auf die Vorschriften in § 4 Abs. 2 flg. des angezogenen Gesetzes vom 1. Juli 1878 nur im Verwaltungswege festgestellt werden könne, und dessen vorausgegangene endgültige Feststellung im

Verwaltungswege gewissermaßen einen Präjudicialpunkt für die Zulässigkeit des gerichtlichen Strafverfahrens bilde.

Obwohl nun die Frage, ob ein Strafbescheid formrichtig erlassen worden sei und den gesetzlichen Erfordernissen über dessen Inhalt entspreche, in das Gebiet der Rechtsnormen über das Verfahren gehört, auf deren Verletzung nach § 380 der StPO. die Revision gegen ein von dem Landgericht in der Berufungsinstanz erlassenes Urtheil nicht gestützt werden kann, so ist doch nach Vorstehendem die Strafkammer zur Anwendung der Bestimmung in § 459 Abs. 2 der StPO. in der von ihr angenommenen Auslegung — und hierdurch wird die Zulässigkeit der eingelegten Revision begründet — durch unrichtige Anwendung der Vorschriften in § 4 Abs. 2 flg. des mehrangezogenen Steuergesetzes vom 1. Juli 1878 gelangt.

Nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung kann der in § 4 Abs. 2 flg. des nurerwähnten Gesetzes zunächst den Steuerbehörden zugewiesenen Entscheidung darüber, ob ein feilgebotenes Waarenlager als Wanderlager anzusehen sei, keineswegs die Wirkung beigelegt werden, daß bei Einleitung eines gerichtlichen Strafverfahrens der Richter an dieselbe gebunden sei und sich mit der gedachten Frage selbständig nicht weiter zu beschäftigen habe. Wäre auch diese Auffassung bei Erlaß des obigen Gesetzes maßgebend gewesen und daher anzunehmen, daß durch den in § 4 Abs. 2 flg. geordneten Instanzenzug die Entscheidung über die Wanderlagerqualität ausschließlich in die Hände der Verwaltungsbehörden habe gelegt werden sollen und insoweit der in Art. 10 der königl. sächs. revidirten StPO. vom 1. October 1868 aufgestellte Grundsatz, daß, soweit die Richter über thatsächliche Verhältnisse zu urtheilen haben, sie nur an ihre, durch die vorliegenden Beweise gewonnene Ueberzeugung gebunden seien, eine Beschränkung erlitten habe, so kann doch von einem solchen Einflusse der zuerst erwähnten landesgesetzlichen Bestimmung, welche nach § 6 Abs. 2 Ziffer 3 des Einführungsgesetzes zur Reichs-StPO. nur, soweit sie das Verfahren im Verwaltungswege angeht, unberührt geblieben ist, auf das gerichtliche Verfahren bei der Verhandlung und Entscheidung der auf den Wanderlagerbetrieb bezüglichen Steuerstraffälle nicht länger die Rede sein, nachdem der oben hervorgehobene Grundsatz der Landesstrafprozeßordnung in vollem

Umfange in die Reichs-Strafprozeßordnung übergegangen und in § 260 das auch durch die Specialbestimmung in § 261 nur bestätigte Princip aufgestellt worden ist, daß über das Ergebniß der Beweisaufnahme das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Ueberzeugung entscheidet. In Folge dieses Grundsatzes ist der Strafrichter mit allen thatsächlichen und rechtlichen Fragen befaßt, von welchen die Beurtheilung und Entscheidung eines Straffalles abhängt. Insbesondere hat derselbe, wenn ein Steuervergehen den Gegenstand eines gerichtlichen Strafverfahrens bildet, auch über das Vorliegen der Steuerpflicht und ihrer thatsächlichen Voraussetzungen selbständig zu entscheiden. Es würde auf die, der Reichs-StPO. gegenüber völlig unstatthafte Einführung einer Beweisregel durch ein Landesgesetz hinauskommen, wenn man bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über Besteuerung der Wanderlager den Richter an die Entscheidung der zuständigen Steuerbehörde darüber, ob ein feilgebotenes Waarenlager als Wanderlager anzusehen sei, für gebunden erachten wollte. Das Berufungsgericht konnte sich daher, in das Materielle der Sache einzutreten, nicht mit Recht dadurch behindert finden, daß bei Erlaß des Strafbescheids der in Ansehung der Frage, ob der Gewerbebetrieb des Angeklagten auf die Veräußerung eines Wanderlagers gerichtet gewesen sei, in steuerlicher Hinsicht offen stehende Instanzenzug noch nicht erschöpft war. Ebensowenig wurde hierdurch der Zulässigkeit des Strafbescheids die Unterlage entzogen, da nach § 4 Abs. 5 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 das in Abs. 3 nachgelassene Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat.

Das Oberlandesgericht vermag aber auch der Auslegung, welche die Strafkammer der Bestimmung in § 459 Abs. 2 der StPO., insoweit sie daraus die Nichtigkeit des erlassenen Strafbescheids folgert, gegeben hat, nicht beizutreten.

Die Strafkammer verkennt selbst nicht, daß in Folge der Vorschriften in §§ 4 und 10 des königl. sächs. Gesetzes, das Verfahren in Verwaltungsstrafsachen betr., vom 8. März 1879, wonach gegen eine Strafverfügung oder einen Strafbescheid ein Recurs oder eine Beschwerde an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde nicht stattfindet, die Aufnahme der Clausel: „sofern der Beschuldigte nicht eine nach den Gesetzen zulässige Beschwerde an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde ergreife"

in den Strafbescheid in der Regel überflüssig, ja selbst unzulässig sein werde, glaubt aber, daß von jener Clausel in solchen Fällen Gebrauch zu machen sei, wo nach den Gesetzen in gewissen, auf den Thatbestand der im Strafbescheide bezeichneten strafbaren Handlung bezüglichen Richtungen eine Beschwerde an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde zulässig sei. Dieser Sinn kann jedoch dem fraglichen Zusatze weder nach seinem Zusammenhange mit dem übrigen Inhalte des § 459 der StPO., noch insbesondere mit Rücksicht auf seine Entstehungsgeschichte beigelegt werden. Die Aufnahme der Worte: „sofern er nicht eine nach den Gesetzen zugelassene Beschwerde an die höhere Verwaltungsbehörde ergreife" in den § 459 der StPO. beruht auf einem von der Justizcommission und dem Reichstage nachträglich genehmigten Beschlusse des Bundesraths und verfolgte lediglich den Zweck, die namentlich in Preußen bestehende Einrichtung zu erhalten, daß gegen einen Strafbescheid oder eine polizeiliche Strafverfügung auch ein Recursrecht an die höhere Verwaltungsbehörde offen stehe, und dem Gedanken Ausdruck zu geben, daß solchenfalls der Betreffende die Wahl habe, ob er den Recursweg oder den Rechtsweg betreten wolle, der Recursweg aber den Rechtsweg ausschließe. Vgl.

Hahn's Materialien zur StPO. II. S. 1599 und 1647.

Die fragliche Bestimmung kann daher lediglich auf den Beschwerdeweg an die höhere Verwaltungsbehörde gegen die Strafverfügung oder den Strafbescheid selbst bezogen werden.

Aus vorstehenden Gründen war das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz an die Strafkammer des LG.'s L., welche nunmehr gemäß § 389 der StPO. an die Ansicht, daß der Strafbescheid, gegen welchen auf gerichtliche Entscheidung angetragen worden, eine formell und materiell geeignete Unterlage für das gerichtliche Strafverfahren enthalte, sich für gebunden zu erachten und daher auf das Materielle der Sache einzugehen haben wird, zurückzuverweisen.

11.

Anwendbarkeit des § 59 des StGB.'s auf die nach § 1 no. 3 und 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 der Steuer vom

Gewerbebetrieb im Umherziehen unterliegende Gewerbsthätigkeit.

Urtheil des OLG.'s vom 28. März 1883 no. 19 V. B.

Die in Dessau wohnhaften Angeklagten haben nach den Feststellungen des angefochtenen Urtheils mehrere Tage lang von 24. August 1882 ab außerhalb ihres Wohnorts in C. ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung daselbst und ohne vorgängige Bestellung in eigner Person, nachdem sie von der Stadt C. eine photographische Aufnahme bewirkt und nach derselben eine Zeichnung angefertigt, unter Vorzeigung dieser Zeichnung und dem Anführen, daß sie dieselbe durch Lichtdruck vervielfältigen lassen würden, wenn sie mindestens 200 Stück davon für je 5 Mark verkaufen könnten, von Haus zu Haus Bestellungen auf die nach gedachter Zeichnung anzufertigenden Lichtdruckabzüge gemeinschaftlich aufgesucht, ohne vorher einen Legitimationsschein zum Gewerbebetrieb im Umherziehen eingelöst zu haben. Der Irrthum der Angeklagten, auf dessen Grund dieselben unter Anwendung des § 59 des StGB.'s in der Berufungsinstanz wegen der ihnen beigemessenen Hinterziehung der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen freigesprochen worden sind, hat nach Maßgabe der Feststellungen darin bestanden, daß sie die fragliche, von ihnen hergestellte Zeichnung für eine künstlerische Leistung, bei welcher ein höheres Kunstinteresse obwalte, gehalten haben und der Meinung gewesen sind, wegen ihres Feilbietens gemäß § 1 unter 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 der Steuer vom Gewerbebetrieb im Umherziehen nicht unterworfen zu sein. Die Revision der Staatsanwaltschaft rügt unrichtige Anwendung des § 59 des StGB.'s, beziehentlich des § 1 des nurangezogenen Landesgesetzes, indem namentlich nicht no. 4, sondern no. 3 des letzteren Gesetzesabschnitts Platz ergreife. Die Gründe des angefochtenen Urtheils lassen es zwar im Unklaren, ob die vorige Instanz die beschriebene Gewerbsthätigkeit der Angeklagten als ein unter § 1 Nr. 3 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 fallendes Aufsuchen von Waarenbestellungen, oder ein nach § 1 Nr. 4 des nämlichen Gesetzes zu beurtheilendes Feilbieten der durch Lichtdruck zu vervielfältigenden Zeichnung, als einer künstlerischen Leistung, bei welcher ein höheres Kunstinteresse nicht obwaltete, angesehen habe, und es kann den Anschein gewinnen, als ob der ersteren

Auffassung gegenüber der Inhalt des Irrthums, in welchem die Angeklagten sich befunden haben, auf ein Thatbestandsmerkmal der vorliegenden Delictsgattung sich überhaupt nicht beziehe. Indessen kann dieser Irrthum seinem festgestellten Inhalte nach auch dahin verstanden werden, daß die Angeklagten, wenn ihre Thätigkeit auf das Aufsuchen von Waarenbestellungen gerichtet war, den Gegenstand der Bestellung nicht für eine Waare, sondern für eine künstlerische Leistung von höherem Kunstinteresse gehalten haben. Deshalb erscheint die erwähnte Unbestimmtheit der Urtheilsgründe unschädlich. Denn mag nun die vorige Instanz auf das Gebahren der Angeklagten an sich no. 3 oder no. 4 des § 1 des Gesetzes vom 1. Juli 1878 für anwendbar erachtet haben, so würde der festgestellte Irrthum der Angeklagten nach beiden Richtungen in Wirksamkeit getreten sein, indem sie sich ersteren Falles über den Begriff der Waare, letzteren Falles über das Obwalten eines höheren Kunstinteresses geirrt haben würden. Diese beiden Punkte aber — ob nämlich der Gegenstand einer Bestellung eine Waare oder eine künstlerische Leistung von höherem Kunstinteresse, beziehentlich, ob eine künstlerische Leistung eine solche sei, bei welcher ein höheres Kunstinteresse obwalte oder nicht, — sind nicht nur im Wesentlichen thatsächlicher Natur, sondern auch Thatbestandsmerkmale der in Frage kommenden Delictsfiguren und bilden daher zum gesetzlichen Thatbestand gehörige Thatumstände, bezüglich welcher ein Irrthum nach § 59 des StGB.'s die strafrechtliche Zurechnung ausschließt. Hat demnach der festgestellte Irrthum der Angeklagten in dem Nichtkennen von Thatumständen bestanden, welche zum gesetzlichen Thatbestande der ihnen beigemessenen Zuwiderhandlung gehören, so ist § 59 des StGB.'s nicht durch Anwendung verletzt, während die Annahme, daß die Angeklagten in einem solchen Irrthume sich befunden haben, auf rein thatsächlicher Grundlage beruht, wenn die vorige Instanz ihrem bezüglichen Anführen, wie nach Maßgabe der Urtheilsgründe geschehen, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der in der Hauptverhandlung vorgelegten Zeichnung Glauben geschenkt hat.

Die eingelegte Revision war daher als unbegründet zu verwerfen.

Materielles Strafrecht.

10.

Diebstahl. Begriffsmerkmal des Wegnehmens aus dem Gewahrsam eines Andern. Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der Zueignung. (§ 242 des StGB.'s.)

Urtheil des OLG.'s vom 22. Februar 1882 no. 1 V. B.

Die Feststellungen der Berufungsinstanz beschränken sich darauf, daß der Angeklagte Ende Juni 1881 mehrere, auf einer Wiese, welche unmittelbar an den L.'schen Neubau in der B.'straße zu L. grenzt, liegende Stücke Holz im Gesammtwerthe von 25 bis 30 Pf., auf welche Sachen er kein Recht hatte, und von denen er nach den Umständen, insbesondere ihrer unverkennbaren Beschaffenheit als früherer Bestandtheile von Fensterrahmen und Thüren in Verbindung damit, daß, wie ihm bekannt war, Kinder dergleichen Gegenstände öfter aus dem gedachten Neubaue heraus und auf die beregte Wiese geschleppt hatten, annehmen mußte, daß sie von jenem Neubaue herrührten, mithin dem Eigenthümer des betreffenden Grundstücks gehörten, von dort weg und mit sich nach Hause genommen habe, um sie daselbst zu verheizen.

Durch diese thatsächlichen Feststellungen werden die Begriffsmerkmale des Diebstahls in mehrfacher Hinsicht nicht erfüllt.

Wie aus den Worten: „einem Andern — wegnimmt" in § 242 des StGB.'s hervorgeht, gehört zum Begriffe des Diebstahls, daß die fremde bewegliche Sache zur Zeit der Wegnahme sich in fremdem Gewahrsam, d. h. in der Verfügungsgewalt eines Andern dergestalt, daß derselbe auf die Sache noch einwirken konnte, befunden haben muß. Die vorige Instanz hat jedoch in dieser Beziehung nur festgestellt, daß die weggenommenen Hölzer dem Eigenthümer des Grundstücks, auf welchem der Neubau errichtet wurde, *gehörten*. Wird nun auch hierdurch die Behauptung des Vertheidigers Bl., daß die weggenommenen Hölzer *herrenlose Sachen* gewesen seien, widerlegt, so deckt doch die vorerwähnte Beweisannahme nur das darin

bestehende Begriffsmerkmal des Diebstahls, daß die weggenommene Sache für den Thäter eine fremde gewesen sei, während sie keinen Anhalt dafür bietet, daß die fraglichen Hölzer zur Zeit der Wegnahme auch im Gewahrsam des Eigenthümers des Neubaues sich befunden haben. Letzteres würde höchstens dann anzunehmen sein, wenn die Hölzer bei ihrer Wegnahme innerhalb des Grundstücks, auf welchem der Neubau stattfand, gelegen hätten. Allein dieselben haben nach den obigen Feststellungen auf einer Wiese gelegen, welche an den L.'schen Neubau grenzt, und sind von dieser Wiese weggenommen worden. Ob aber die nurgedachte Wiese auch im Eigenthume L.'s, oder welcher andern Person sich befunden, oder ob dieselbe mit dem Bauplatze in irgend einem, den Begriff des Gewahrsams zu Gunsten des Eigenthümers am Bauplatze herstellenden äußeren Zusammenhange gestanden habe, ist nicht festgestellt. Es ist daher nicht erkennbar, ob durch die Wegnahme der fraglichen Hölzer ein fremder Gewahrsam an denselben aufgehoben worden sei.

Hiernächst wird aber auch der subjective Thatbestand des Diebstahls durch die Feststellungen der vorigen Instanz nicht genügend gedeckt. Denn wollte man selbst in dem Ausspruche, daß der Angeklagte die Hölzer mit sich nach Hause genommen hatte, um sie daselbst zu verheizen, eine hinlängliche Bezeichnung der nach dem Gesetz erforderlichen Absicht, die weggenommene fremde bewegliche Sache sich zuzueignen, erblicken und die weiter erforderliche Rechtswidrigkeit solcher Zueignung dadurch für hinreichend festgestellt erachten, daß die vorige Instanz unter Vermeidung des gesetzlichen Ausdrucks: „rechtswidrig" wenigstens dahin sich ausgesprochen hat: der Angeklagte habe auf die weggenommenen Hölzer kein Recht gehabt, so würde doch hierdurch immer nur die objective Rechtswidrigkeit der Zueignung feststehen. Dagegen ist ein Ausspruch darüber, ob der Angeklagte dieser Rechtswidrigkeit sich auch bewußt gewesen sei, zu vermissen, obwohl es nach dieser Richtung um so gewisser einer Feststellung bedurft hätte, als der Angeklagte, wie aus den Urtheilsgründen der ersten Instanz Bl. zu entnehmen ist, die Diebstahlsabsicht bestritten und behauptet hatte, daß er die Hölzer, welche er weggenommen, als Fund angesehen habe. Insbesondere ist die Feststellung jenes Bewußtseins auch in der Beweisannahme:

es sei dem Angeklagten bei Wegnahme der Hölzer von der Wiese, auf welcher sie lagen, bekannt gewesen, daß Kinder **dergleichen** Gegenstände öfter aus dem Neubaue heraus und auf die beregte Wiese geschleppt hatten, nicht mit genügender Bestimmtheit enthalten.

Es war daher das angefochtene Urtheil nebst den ihm zu Grunde liegenden Feststellungen in Beachtung der von dem Angeklagten wegen irrthümlicher Anwendung des § 242 des Reichs-StGB.'s eingelegten Revision aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Berufungsinstanz zurückzuverweisen.

11.

Diebstahl an einem nach § 6 Abs. 3 des Gesetzes, die Schonzeit der jagdbaren Thiere betreffend, vom 22. Juli 1876 confiscirten Lockvogel.

Urtheil des OLG.'s vom 8. November 1882 no. 94 V. B.

Wider den Schuhmacher R., welcher dabei betroffen wurde, als er auf den Fang von Singvögeln berechnete Veranstaltungen traf, wurde mittelst Strafbefehls des AG.'s P. auf Grund des § 6 verb. mit § 1 Abs. 2 des Gesetzes, die Schonzeit der jagdbaren Thiere betr., vom 22. Juli 1876 eine Geldstrafe von fünfzehn Mark und eventuell eine dreitägige Haftstrafe festgesetzt; auch wurde darin gleichzeitig die Einziehung des bereits damals in die Hände des Amtsgerichts gelangten Stieglitz, den R. zu jenem Vogelfange als Lockvogel verwendet hatte, sammt dem Vogelbauer, in welchem der Stieglitz sich befunden hatte, verfügt. Da gegen diesen dem R. unterm 9. März d. J. zugestellten Strafbefehl Einspruch nicht erhoben wurde, erlangte letzterer mit dem 16. dess. Mt.'s die Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils. Darüber, in welcher Weise nunmehr über den Stieglitz definitiv weiter verfügt werden sollte, behielt sich das Amtsgericht Entschließung vor; zunächst behielt ihn das Amtsgericht in Verwahrung, indem es ihn zunächst einige Wochen hindurch nach und nach verschiedenen Gerichtsbeamten zur Pflege und Fütterung überließ. Zuletzt war der Vogel in einem Expeditionslocale der amtsgerichtlichen Gerichtsschreiberei untergebracht worden, woselbst ihn

der Gerichtsschreiber R. und Lohncopist L., die dort ihren Platz hatten, gemeinschaftlich versorgten. Auch am 12. Mai Nachmittags 6 Uhr, als R. und L. das Expeditionslocal verließen, befand sich der Stieglitz noch dort in seinem Bauer. Als jedoch Beide am andern Morgen zurückkehrten, war der von ihnen bisher verpflegte Stieglitz verschwunden und befand sich vielmehr in dem Bauer desselben ein anderer, weit minderwerthiger Vogel der nämlichen Gattung.

Hat nun die Berufungsinstanz für erwiesen bezeichnet, daß es der Angeklagte W. gewesen sei, welcher den früher R.'schen Stieglitz aus dem amtsgerichtlichen Gewahrsam entwendet habe, und ist in dem Urtheile der Berufungsinstanz weiterhin auch noch ausdrücklich ausgesprochen worden, W. sei sich auch Dessen, daß dieser Vogel für ihn eine fremde bewegliche Sache gewesen sei, welche er wegzunehmen und sich anzueignen kein Recht gehabt habe, bewußt gewesen und derselbe habe den Vogel weggenommen in der Absicht, um sich denselben zuzueignen, so erscheinen in Wirklichkeit alle Begriffsmerkmale des Vergehens des Diebstahls (§ 242 des Reichs-StGB.'s), dessen W. hierunter Seiten der Berufungsinstanz für schuldig erklärt worden ist, vollständig gedeckt.

Namentlich ist auch der einzige, zu einer weiteren Begründung der Seiten W.'s gegen das Berufungsurtheil eingewendeten Revision vorgebrachte Einwand, als habe es sich bei dem fraglichen Vogel nicht um eine fremde bewegliche Sache gehandelt, ohne alle Berechtigung. Der Stieglitz, welchen übrigens R. festgestellter Maßen noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 22. Juli 1876 redlich erworben hatte, befand sich noch zur Zeit seiner polizeilichen Beschlagnahme und weiter bis dahin, wo seine Einziehung gerichtsseits verfügt wurde, im Eigenthume R.'s. Mit dem Augenblicke, wo der richterliche Amtsbefehl, durch welchen diese Confiscation ausgesprochen wurde, Rechtskraft erlangt hatte, ging das Eigenthum des Stieglitz von R., welcher selbiges von da ab verlor (§ 290 des BGB.'s), auf den Königl. Staatsfiscus über (§ 258 des BGB.'s), und in dessen Eigenthume befand sich auch der Vogel noch in dem Augenblicke, als ihn W. aus dem Gewahrsam der insoweit den Staatsfiscus vertretenden Beamten des AGerichts P. wegnahm. Hierüber kann um so weniger ein Zweifel obwalten, als der R.'sche Stieglitz in seiner Eigenschaft

als Lockvogel confiscirt worden war, betreffs derartiger Vögel aber keineswegs die nur auf die erst bei dem gerade in Rede stehenden Vogelfange gefangenen Vögel bezügliche Bestimmung in Abs. 2 des § 6 des cit. Gesetzes, daß dergleichen Vögel sofort in Freiheit zu setzen seien, sondern die in Abs. 3 dieses Paragraphen enthaltene Vorschrift zur Geltung gelangt, nach welcher im Allgemeinen eine Confiscation und daher eine Maßnahme angeordnet wird, mit welcher ohne Weiteres das Eigenthum der Sache auf den Staat übergeht (§ 258 des BGB.'s).

Hiernach war die eingewendete Revision zu verwerfen.

12.

Ein Schloßmechanismus oder eine bestimmte Art des Verschlusses ist zu Begründung der Diebstahls-Qualification in § 243 Ziffer 3 des StGB.'s nicht erforderlich.

Beschluß des OLG.'s vom 7. Juni 1882 zu no. 242 V. A.

Der in dem angefochtenen Beschlusse der Strafkammer aufgestellten Ansicht, daß zu Begründung der in § 243 unter Ziffer 3 des StGB.'s bezeichneten Qualification des Diebstahls, welche darin besteht, daß zur Eröffnung der im Inneren eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes befindlichen Thüren oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden, ein durch Schloß hergestellter Verschluß, oder doch mindestens ein solcher Verschluß, zu dessen ordnungsmäßiger Eröffnung an sich auch für den Berechtigten es der Benutzung eines Werkzeugs als Mittel bedürfe, ein Verschluß, welcher ordnungsmäßig durch ein dazu bestimmtes Werkzeug beweglich sei, erfordert werde, so daß ein durch die bloße Hand bewegter vorgeschobener Riegel oder Pflock nicht unter dem Schutze der angezogenen Gesetzesbestimmung stehe, kann nicht beigepflichtet werden. Das Gesetz spricht nur von „Eröffnung". Wenn schon nun solche der Natur der Sache nach einen „Verschluß" voraussetzt, so enthält doch das Gesetz keine Vorschrift darüber, wie der Verschluß beschaffen sein müsse. Es kann daher für die Anwendbarkeit der fraglichen Strafbestimmung nicht ein Schloßmechanismus

oder irgend eine andere besonders geeigenschaftete Art des Verschlusses verlangt werden. Die gegentheilige, von der Strafkammer befolgte Ansicht beruht auf einer, auch durch die Motive zum Deutschen StGB. S. 121 nicht gerechtfertigten Anlehnung an die in § 224 des preußischen StGB.'s enthaltene Definition von falschen Schlüsseln, insofern darunter nur zum Oeffnen von **Schlössern** brauchbare Werkzeuge verstanden wurden. Allein daraus, daß das StGB. für das Deutsche Reich in § 243 unter Ziffer 3 den falschen Schlüsseln nur „andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge" gleich stellt, ohne hierbei als Gegenstand der Eröffnung einen Schloßmechanismus zu erfordern, muß gefolgert werden, daß das Reichs-StGB. jene Beschränkung des preußischen StGB.'s auf die Brauchbarkeit des Werkzeugs zum Eröffnen von Schlössern aufgegeben und vielmehr das Qualificationsmoment in das Vorhandensein eines Verschlusses irgend welcher Art und dessen künstliche Beseitigung durch ein zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmtes Werkzeug gelegt habe. Vgl. auch

Annalen des königl. sächs. Oberappellationsgerichts, 2. F. III. Bd. S. 127, 389 flg.

Wenn nun im vorliegenden Falle nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens beanzeigt ist, daß die Angeklagten den Bl. beschriebenen Gelddiebstahl dadurch gemeinschaftlich ausgeführt haben, daß der Eine in Gegenwart des Anderen den von innen vorgeschobenen Riegel der aus Bretern gezimmerten im Kellerraum befindlichen Thür zu der Kellerabtheilung K.'s mit einem durch eine Klinse im Putze des Gewändes der zuerst beschriebenen Thür eingeführten Haken zurückgeschoben hat, so muß diese Eröffnung jener mittels Riegels verschlossenen Thür als eine die Anwendung des § 243 Ziffer 3 des StGB.'s rechtfertigende Qualification und der auf solche Weise ausgeführte Diebstahl als ein schwerer im Sinne der nurangezogenen Gesetzesstelle angesehen werden. Es war daher der sofortigen Beschwerde der Staatsanwaltschaft Bl. gegen den Beschluß der Strafkammer Bl., wodurch unter Bezeichnung des obgedachten Diebstahls als eines einfachen, abweichend von dem Antrage der Staatsanwaltschaft, die Verweisung der Sache vor das Schöffengericht ausgesprochen worden ist, Abhilfe zu gewähren und

die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen des mehrerwähnten Diebstahls, welcher als ein schwerer im Sinne von § 243 Ziffer 3 des StGB.'s zu bezeichnen ist, vor der Strafkammer des LG.'s L. zu beschließen.

13.

Wer ist der Verletzte bei dem Diebstahl einer Sache aus dem Gewahrsam einer andern Person als des Eigenthümers? (§ 247 Abs. 2 des StGB.'s.)

Urtheil des OLG.'s vom 4. October 1882 no. 85 V. B.*)

Der vorigen Instanz ist zwar nicht darin beizupflichten, daß, wenn als erwiesen angesehen werden könnte, die Angeklagte habe von dem im Gewahrsam ihres Ehemannes befindlich gewesenen, durch Letzteren dem Militärfiscus unterschlagenen Hafer einen halben Centner in rechtswidriger Zueignungsabsicht weggenommen, dieser Diebstahl von einem Ehegatten gegen den andern begangen worden und daher nach § 247 Abs. 2 des StGB.'s straflos sein würde. Denn bei dem Diebstahl an einer Sache, welche sich zur Zeit der Wegnahme im Gewahrsam einer andern Person als des Eigenthümers befindet, ist als Verletzter nicht blos der Inhaber des Gewahrsams, sondern auch der Eigenthümer der Sache zu betrachten. Der Diebstahl enthält eine Verletzung nicht blos der Besitzordnung, sondern auch der Eigenthumsordnung, was in der in § 242 des StGB.'s enthaltenen Begriffsbestimmung des Diebstahls insofern zum Ausdruck gebracht wird, als die Worte: „einem Andern wegnimmt" auf den Eingriff in die Besitzordnung sich beziehen, während der Eingriff in das fremde Eigenthumsrecht durch die Bezeichnung der weggenommenen Sache als einer fremden und durch Hervorhebung der Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, gekennzeichnet wird. Der in Frage stehende Diebstahl würde daher nicht ausschließlich gegen den Ehemann der Angeklagten, sondern zugleich auch gegen den Militärfiscus verübt worden sein, da Letzterem das Eigenthum an dem Hafer durch die an demselben von dem Ehe-

*) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen IV. 346.

manne der Angeklagten verübte Unterschlagung, so lange der Hafer noch in unvermischtem Zustande vorhanden war, nicht verloren ging, und im Falle der Vermischung mit anderem Hafer nach den Grundsätzen der §§ 247 und 248 des BGB.'s ein Miteigenthum zugestanden haben würde. Gleichwohl kann nicht angenommen werden, daß der Eingangs gedachte Rechtsirrthum, welcher von der Staatsanwaltschaft mittels Revision gerügt wird, auf das angefochtene Urtheil Einfluß gewonnen habe, da aus dem Zusammenhange der Urtheilsgründe erkennbar wird, daß die vorige Instanz nicht als erwiesen angesehen hat, daß die Angeklagte den Hafer aus dem Gewahrsame ihres Ehemannes in der Absicht, sich denselben rechtswidrig zuzueignen, weggenommen habe. Denn obschon Bl. die Wegnahme des Hafers aus dem Gewahrsame des Ehemannes als eine rechtswidrige bezeichnet wird, so wird doch Bl. das Anführen der Angeklagten: sie habe den ihrem Ehemanne weggenommenen einen halben Centner Hafer der verehel. F. ohne Entgeld und nur unter der Bedingung überlassen, ihr in kürzester Frist eine gleiche Quantität und Qualität Hafer wiederzugeben, mithin nur geliehen, nicht für widerlegt angesehen. Konnte nun auch der gedachte Hafer wegen seiner Eigenschaft als vertretbare Sache nicht den Gegenstand einer Gebrauchsleihe im Sinne von § 1173 flg. des BGB.'s bilden, wurde vielmehr unter den angeführten Umständen über den Hafer ein Darlehnsvertrag geschlossen, dessen Vollziehung nach § 1067 des BGB.'s die Hingabe der dargeliehenen Sache zu Eigenthum enthält, und muß daher in der eigenthümlichen Ueberlassung des weggenommenen Hafers an eine dritte Person ein Act der Zueignung civilrechtlich allerdings erblickt werden, so ist doch auch aus den Bedingungen, unter welchen nach Obigem die verehel. H. über den Hafer zu Gunsten einer dritten Person verfügte, zu entnehmen, daß ihre Absicht, welche für die Beurtheilung ihrer Handlungsweise als Diebstahl vorzugsweise entscheidend ist, nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht auf Zueignung des Hafers gerichtet war, indem sie vielmehr, wie von der vorigen Instanz für glaubhaft erachtet worden ist, den Willen hatte, den weggenommenen Hafer demnächst in gleicher Menge und Beschaffenheit zurückzuerstatten, so daß sie nach ihrer Vorstellung nur zeitweilig den Hafer der Verfügung des Berechtigten

entzog. Bei mangelndem Beweise der zum Begriffe des Diebstahls erforderlichen Zueignungsabsicht würde aber die vorige Instanz zu einer anderen Entscheidung auch dann nicht gelangt sein, wenn sie den § 247 Absatz 2 des StGB.'s nicht unrichtig angewendet hätte.

Bei dieser Sachlage war die von der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urtheil der Berufungsinstanz eingelegte Revision zu verwerfen.

Ueber die Anschlußberufung; §§ 482, 483, 504 der CPO.

Von Oberappellationsrath **Klemm.**

Die CPO. kennt die Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners — Adhäsion — sowohl hinsichtlich der Berufung §§ 482, 483, 504, wie hinsichtlich der Revision §§ 518, 520, 529. — Die nachstehenden Erörterungen sollen einige die Anschlußberufung betreffende Fragen zum Gegenstande haben. Man schickt deshalb die einschlagenden Paragraphen voraus.

§ 482. „Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist.

Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnißurtheils durch Berufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung."

§ 483. „Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt."

§ 504. „Die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.

Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Versäumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatsächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässigerweise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe."

Zwar trifft der hier zuletzt wiedergegebene § 504 nicht speciell und direct die Anschlußberufung; allein da Versäumung an dem Termine zur mündlichen Verhandlung über die Berufung sowohl Seiten des Berufungsklägers wie Seiten seines mit der Anschließung hervorgetretenen Prozeßgegners verhangen werden kann und hieraus gerade Verwicklungen entstehen, so hat man es vorgezogen den § 504 hier im Zusammenhange mit den §§ 482, 483 vorzuführen, um so mehr als der Gesetzgeber (Motiven zu §§ 285 bis 302 des Entwurfs bei Hahn, Materialien ꝛc. S. 293 flg.; Petersen, d. CPO. II. Aufl. S. 733 Bem. 5) es für unnöthig erachtet hat, bezüglich der Anschließung besondere, das Versäumnißverfahren betreffende Vorschriften zu ertheilen vielmehr auch in dieser Hinsicht lediglich die Bestimmungen in § 504 maßgebend sein sollen.

Nach dem Prinzipe, welches der Zulassung der Berufung in der CPO. zu Grunde liegt, wonach durch die Berufung der ganze Rechtsstreit vor die Berufungsinstanz gebracht, die Rechtskraft des Urtheils seinem ganzen Umfange nach zu Gunsten beider Parteien gehindert wird und der Rechtsstreit — in den durch die Anträge bestimmten Grenzen — von Neuem zu verhandeln ist, hat die Anschlußberufung eine sehr weit, zum Theil weiter reichende Wirkung beigelegt erhalten, als dieses Rechtsmittel nach den Vorschriften des gemeinen Prozesses äußert; die Bestimmungen in Abs. 1 von § 482 und die allgemeine Fassung des Abs. 2 von § 483 zusammengehalten mit den Ausführungen in den Motiven a. a. O. lassen hieran nicht zweifeln. Es wird weder Gemeinschaftlichkeit der Beschwerden der Anschlußberufung — Connexität — mit den Beschwerden der Hauptberufung erfordert, noch kann der Berufungskläger dadurch, daß er seine Anträge auf einen Theil des Streitgegenstandes beschränkt, den Gegner hindern, wegen anderer Theile des Streitgegenstandes zu adhäriren (Motiven S. 516, Protokolle der Justiz-Comm. 236; Petersen, d. CPO. II. Ausg. S. 706). Ganz besonders tritt die weitgreifende Wirkung der Anschlußberufung in der Bestimmung des § 282 Abs. 1 zu Tage, wonach selbst die Verstreichung der Berufungsfrist die Anschließung an die (rechtzeitig) vom Gegner eingewendete Berufung ebenso wie der Verzicht auf die Hauptberufung den

Gebrauch der Anschlußberufung Seiten des Verzichtenden nicht ausschließt.

Andrerseits kann nur dasselbe Urtheil, gegen welches vom Berufungskläger Berufung eingewendet worden ist, es sein, welches von der Anschließung des Berufungsbeklagten betroffen wird. Es kann daher auf Grund der Berufung über das Urtheil in der Hauptsache nicht das Urtheil über eine prozeßhindernde Einrede (§ 248 Abs. 2 der CPO.) und auf Grund der Berufung über ein Theilurtheil nicht ein anderes Theilurtheil durch Anschließung angefochten werden (Koch, d. CPO. § 482 S. 467); auch wird immer vorausgesetzt, daß der Berufungsbeklagte durch die Entscheidung selbst (den decisiven Theil des Urtheils, den eigentlichen richterlichen Ausspruch) beschwert sei. Die Ausführungen in den Entscheidungsgründen berechtigen nicht zur Anschließung (Petersen &c. II. Aufl. S. 706; jur. Wochenschrift, Jahrg. 1881 S. 92); ebensowenig kann die Anschlußberufung gegen einen Streitgenossen, welcher selbst Berufung nicht ergriffen hat, erfolgen, wohl aber kann dieselbe in Betreff der Widerklage eingewendet werden, wenn die Berufung wider die Hauptklage gerichtet worden ist, da über beide Klagen durch ein und dasselbe Urtheil entschieden wird.

Endlich erstreckt sich das Befugniß zur Anschließung auch auf diejenigen Urtheile, welche dem mit der Hauptberufung angefochtenen Endurtheile vorausgegangen sind und nach § 473 der CPO. der Beurtheilung des Berufungsgerichts mit unterliegen.

Nach dieser allgemeinen Charakterisirung der Anschlußberufung soll die Beantwortung einzelner die letztere betreffender, in der Praxis aufgetauchter Zweifelsfragen versucht werden.

I. Verzicht und Zurücknahme in Betreff der Hauptberufung in ihren Wirkungen bezüglich der Anschlußberufung.

Aus § 475 der CPO. ergiebt sich, daß nach dieser gesetzlichen Bestimmung von einem Verzichte auf das Rechtsmittel der Berufung erst nach Erlassung des Urtheils die Rede sein kann, gegen welches an sich Berufung eingewendet werden könnte. Aus

dem Gegensatze zwischen dem § 475 und dem § 476 folgt ferner, daß, während der Verzicht auf die Berufung den Fall trifft, in welchem eine Berufung überhaupt noch nicht eingewendet worden ist, bei einer bereits eingewendeten Berufung die Zurücknahme — unter den in § 476 bestimmten Voraussetzungen — Platz greift. —

Die CPO. hat für die Erklärung des Verzichtes auf die Berufung eine besondere Form nicht vorgeschrieben; sie bestimmt nur in § 475, daß die Wirksamkeit eines derartigen Verzichtes davon, daß der Gegner die betreffende Erklärung angenommen habe, nicht abhängig sei. Da nun in Betreff der Verzichtleistung auf eine — noch gar nicht eingelegte — Berufung, eine mündliche Parteiverhandlung der CPO. durchaus fremd ist, ebenso von einem vorbereitenden Schriftsatze, durch welchen diese Verzichtleistung dem Gegner angekündigt werden könnte, folgerichtig nicht die Rede sein kann, so muß auch jede dem andern Theile gegenüber abgegebene, die Absicht, das erlassene Urtheil durch Berufung nicht anfechten zu wollen, mit genügender Bestimmtheit erkennbar machende Erklärung ausreichen, um den fraglichen Verzicht wirksam erscheinen zu lassen. Die Grundsätze über die rechtlichen Wirkungen, insbesondere über die Tragweite des Verzichtes, gehören an sich dem materiellen bürgerlichen Rechte an. Bezüglich der hier fraglichen Anwendung auf den Verzicht hat auch die CPO. abändernde Bestimmungen nicht getroffen, denn der oben gedachte Satz: daß der Verzicht auf die Berufung auch ohne Annahme Seiten des Gegners wirksam sei, betrifft nicht die Wirkung des Verzichtes selbst, sondern die Voraussetzungen eines wirksamen Verzichtes. Es wird daher, auch ohne Acceptation des Berufungsbeklagten, die einmal erklärte, im Uebrigen den Erfordernissen des bürgerlichen Rechtes bezüglich einer wirksamen Willenserklärung in materieller Hinsicht entsprechende Verzichtleistung auf die Berufung nicht wieder rückgängig gemacht werden können, selbst wenn der Widerruf innerhalb der Berufungsfrist bewirkt werden und der widerrufende Theil noch innerhalb dieser Frist die Berufung anderweit einwenden sollte; nur wenn letztern Falls der Widerrufende bei Begründung des anderweit eingewendeten

Rechtsmittels zugleich im Stande sein sollte, die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Verzichtserklärung nach Maßgabe der Vorschriften des bürgerlichen Rechts darzuthun würde ein solcher Widerruf beseitigt und das Rechtsmittel wieder aufgezogen werden können.

Des Verzichtes der Berufung auf ein noch gar nicht erlassenes Urtheil*) gedenkt die CPO. nicht. Eine derartige Verzichtserklärung muß daher eintretenden Falls in Betreff der Frage, ob und inwieweit sie wirke, nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts beurtheilt werden. Darin, daß eine Prozeßpartei die Berufungsfrist verstreichen läßt ohne Berufung einzuwenden, wird man einen stillschweigend erklärten Verzicht auf dieses Rechtsmittel im Sinne der CPO. nicht zu erblicken haben; es liegt dann zwar ein bereits erlassenes Urtheil vor; Allein die positive Vorschrift in § 482 Abs. 1 bezeichnet den Verzicht auf die Berufung und das Verstreichen der Berufungsfrist als zwei selbständige und nur gleiche Wirkungen bezüglich der Anschließung an die Berufung mit sich bringende Fälle. Der „Verzicht" im Sinne des § 482 wird mithin immer nur von einem in anderer Weise als durch das bloße passive und negative Verhalten der Prozeßpartei während der Berufungsfrist an den Tag gelegten Absehen von Einwendung der Berufung zu verstehen sein. Jenes rein passive und negative Verhalten begründet Versäumung der Berufung, § 208 flg. der CPO.

Es liegt auf der Hand, daß im Falle eines Verzichtes auf die (Haupt-) Berufung der Gegner des Verzichtenden eine Anschlußberufung nicht zur Geltung bringen kann, da es an der unentbehrlichen Voraussetzung, eben an derjenigen Berufung, an welche die Anschließung stattfinden könnte, fehlt. Dieser accessorische Charakter der Anschlußberufung folgt aus dem Begriffe derselben; auch hat dieser Charakter in § 483 Abs. 1 der CPO. unzweideutigen Ausdruck gefunden, indem darnach die Anschließung ihre Wirkung verliert, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird. Eine andere Frage ist aber

*) Zu vgl. hierzu: die §§ 272 flg., 280 bis 283, 286 bis 288, 290 bis 292 der CPO.

die, ob die Prozeßpartei selbst, welche auf die Hauptberufung verzichtet hat, hierdurch zugleich auf das Recht verzichtet habe, an eine vom Gegner eingewendete Berufung sich anzuschließen? Diese Frage ist nach § 482 Abs. 1 zu verneinen. Gerade für den Fall des Verzichtes auf die Hauptberufung, wie auch für den Fall, daß die Berufungsfrist bereits verstrichen ist, hat das Gesetz der Anschlußberufung ihre Wirkung auf Seiten desjenigen, welcher verzichtet hat, bez. desjenigen, welcher die Berufungsfrist hat verstreichen lassen, gesichert. Die hier bezeichnete Prozeßpartei wird nicht behindert sein, noch durch Anschluß an die selbständige Berufung des Gegners sich eine günstigere Entscheidung zu verschaffen und zwar nach Richtung der von ihr aufgestellten Beschwerden, ohne an die Tragweite der Beschwerden des Hauptberufungsklägers gebunden zu sein. Namentlich ist ein Grund nicht aufzufinden, es für unzulässig zu achten, daß auch in derartigen Fällen durch Anschließung an das gegen die Entscheidung in der Hauptsache vom Gegner eingelegte Rechtsmittel, Seiten des Anschließenden die Entscheidung über den Kostenpunkt allein zum Gegenstande der Berufungsbeschwerden gemacht werde. Nach den Motiven (S. 304, bei Hahn, Materialien rc. S. 354) ist der Grund der Zulassung der Anschließung bei vom Anschließenden erklärtem Verzicht auf die Hauptberufung, darin zu finden, daß ein derartiger Verzicht der Regel nach als unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben anzusehen ist. Es soll also der verzichtleistenden Prozeßpartei, wenn sie sich in dieser Voraussetzung getäuscht sieht, zwar nicht gestattet sein, des Verzichtes ungeachtet noch die Hauptberufung einzulegen, wohl aber soll ihr durch Gestattung der Anschließung geholfen werden. Hätte jedoch die Prozeßpartei auf die Anschließung verzichtet, so würde dieser Verzicht ebenso wirksam sein, wie der Verzicht auf die Hauptberufung; es ist kein Grund erfindlich, die Anschlußberufung hier anders zu beurtheilen wie die Hauptberufung (v. Bülow, d. CPO., II. Aufl. S. 373 bei 2, und Kah, die CPO., zu § 482 S. 467). Sehr wohl denkbar ist es, daß eine Prozeßpartei nach Erlassung eines Urtheils bezüglich desselben eine so weit reichende Erklärung abgiebt, daß man in derselben eine unbeschränkte Unterwerfung unter das Urtheil

in allen Punkten und Richtungen zu finden hat, dergestalt, daß die Erklärung zugleich die Verzichtleistung auf Berufung und Anschlußberufung enthält. Es handelt sich hier um eine sogenannte quaestio facti.

Auf die Zurücknahme der — eingelegten — Berufung bezieht sich § 476 der CPO. Das Gesetz schreibt hier, dafern diese Zurücknahme nicht bei der mündlichen Verhandlung über die Berufung erklärt wird, die Form des dem Gegentheile zuzustellenden, sofort nach der Zustellung in Abschrift auf der Gerichtsschreiberei niederzulegenden Schriftsatzes vor. Würde die Zurücknahme bei der mündlichen Verhandlung erklärt, so wäre dieselbe auf Antrag zum Sitzungs-Protokolle festzustellen (§§ 146[a], 270 der CPO.).

Als Zeitpunkt, bis zu welchem die Zurücknahme ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten erfolgen kann, ist der Beginn der mündlichen Verhandlung des Letztern bezeichnet.

Als Folge der Zurücknahme setzt das Gesetz den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Tragung der durch dasselbe entstandenen Kosten fest, welche Wirkungen auf Antrag des Gegners durch Urtheil auszusprechen sind. — Da die Zurücknahme den Verlust des Rechtsmittels nach sich zieht, so kann, selbst wenn letztere innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist, das Rechtsmittel auch innerhalb der noch laufenden Berufungsfrist, nicht wieder aufgenommen, nicht mit Erfolg von Neuem eingewendet werden.

Da nach § 483 Abs. 1 der CPO. bei Zurücknahme der (Haupt-) Berufung ebenso wie bei Verwerfung der letzteren als unzulässig, die Anschlußberufung ihre Wirkung verliert, dafern nicht der Anschließende den Anschluß innerhalb der Berufungsfrist bewirkt hat, so wird es, um die aus der Zurücknahme der (Haupt-) Berufung in Betreff der Anschlußberufung sich ergebenden Folgen allseitig überblicken zu können, sich empfehlen, zunächst die Form, in welcher und den Zeitpunkt, zu welchem die Anschließung stattzufinden hat, zu betrachten. Eine besondere Form ist speciell für die Anschließung in der CPO. nicht vorgeschrieben. Dagegen ist bekanntlich für die Einlegung der Berufung in § 479 — ebenso wie für die Erhebung der Klage und für die Einlegung der Revision in § 230, bez. 515 der CPO. — angeordnet, daß dieser

prozessualische Act durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner zu erfolgen hat, welcher, was die Berufung anlangt, die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Berufung gerichtet wird, die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt werde und die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung, enthalten muß. Allein dem betreffenden Schriftsatze ist in den vorbezeichneten Fällen nur ausnahmsweise die selbständige, bestimmende Bedeutung hinsichtlich der Einlegung der Berufung — bez. der Klagerhebung und der Einlegung der Revision — durch das Gesetz verliehen. Als Regel folgt im Uebrigen aus dem Principe der Mündlichkeit (§ 119 flg. der CPO.), welches das durch die Reichs-Prozeßgesetze eingeführte Verfahren beherrscht, daß prozessualische Acte — soweit nicht, wie in den vorbezeichneten drei Fällen, das Gesetz selbst besondere Ausnahmen festgesetzt hat — formell nur in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte vorgenommen werden können und daß die Zustellung von Schriftsätzen nur zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung zu dienen hat, ohne eine rechtsverbindliche Wirkung zu äußern. Bei dieser Regel hat es im Mangel einer entgegenstehenden besondern Vorschrift, auch hinsichtlich der Anschlußberufung zu verbleiben; dieselbe kann durch einen Schriftsatz vorbereitet werden, — am einfachsten durch den die Beantwortung der Berufungsschrift enthaltenden Schriftsatz — sie erfolgt aber erst mit rechtlicher Wirkung durch Stellung der Berufungsanträge des Anschließenden in der mündlichen Verhandlung. Die Ankündigung der Anschließung durch einen Schriftsatz wird in den meisten Fällen sich als zweckmäßig empfehlen — wesentlich für die Einlegung derselben bleibt aber immer die Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung. Der Schriftsatz hat hier nur im Einklange mit der regelmäßigen Natur und Beschaffenheit der Schriftsätze, vorbereitende Bedeutung — maßgebend für Richtung und Tragweite des Rechtsmittels sind allein die in der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge des Anschlußberufungsklägers. Daß diese Auffassung dem regulären Charakter der Anschlußberufung entspreche, erhält durch die Motiven (S. 304, bei Hahn, S. 354) Be-

stätigung; auch herrscht unter den Commentatoren in dieser Richtung keine Differenz. Da die Abhaltung der mündlichen Verhandlung an die Berufungsfrist nicht gebunden ist, die Abhaltung dieser Verhandlung vielmehr, wie sich schon aus den formellen Bestimmungen in den §§ 477, 481 verb. mit 234, 486 der CPO. ergiebt, in sehr vielen Fällen erst nach Ablauf der Berufungsfrist vor sich gehen wird, so folgt die fernere Regel, daß auch der Anschlußberufungskläger mit seiner Anschließung an die Berufungsfrist nicht gebunden ist; es wird vielmehr, den allgemeinen Prinzipien des Verfahrens nach der CPO. entsprechend, der Anschlußberufungskläger seine Anträge übrigens nach Maßgabe der Bestimmungen in §§ 251 flg., 485 der CPO. bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Berufungsurtheil ergeht, vorbringen können. Hierin ist ein weiteres Kennzeichen der accessorischen Natur der Anschlußberufung zu finden. Da in der mündlichen Verhandlung die Anschließung zu erfolgen hat, der accessorische Charakter derselben der Regel nach es mit sich bringt, daß sie ihre Wirkung verliert, wenn die (Haupt-)Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird, ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten aber (§ 476 der CPO.) die Zurücknahme der Hauptberufung nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Letzteren zulässig ist, so ergiebt sich weiter als Regel, daß diejenige Partei, welche die Hauptberufung eingelegt hat, durch Zurücknahme ihrer Berufung ohne Einwilligung ihres Prozeßgegners nur bis zum hier gedachten Zeitpunkte dessen Anschließung unmöglich machen kann, daß bis zu diesem Zeitpunkte aber allerdings der (Haupt-)Berufungskläger es in der Hand hat, durch Zurücknahme seiner Berufung die Anschließung des Gegners ohne dessen Zustimmung zu elidiren. Würde der Letztere in die Zurücknahme der Hauptberufung, nachdem er mündlich zu verhandeln begonnen — einwilligen, so würde (immer die Regel festgehalten) ebenfalls von einer Anschließung nicht weiter die Rede sein können, da hierdurch der Berufungsbeklagte selbst seiner Anschließung die wesentliche Grundlage — die Hauptberufung, an welche der Anschluß stattfinden könnte — entziehen würde. Es würde in einem solchen Falle auch nicht wirksam sein können,

wenn der Berufungsbeklagte seine Einwilligung unter Vorbehalt seiner Anschlußberufung erklären wollte; eine derartige Erklärung würde mit sich selbst in Widerspruch treten und es würde daher die in dem Vorbehalte liegende Verwahrung (als sogenannte protestatio facto contraria) unwirksam sein.

Selbst die Einwilligung des die Hauptberufung zurücknehmenden Berufungsklägers in einen derartigen Vorbehalt würde als rechtlich wirkungslos angesehen werden müssen. Denn da die Zurücknahme der Berufung nach der präceptiven Vorschrift in § 476 Abs. 3 der CPO. den Verlust des Rechtsmittels zur Folge hat, so würde die Aufrechthaltung einer Anschlußberufung in solchem Falle — immer festgehalten an der bisher betrachteten Regel — auf eine durch Parteiverfügung zu Gunsten des Anschlußberufungsklägers bewirkte Außerkraftsetzung der präceptiven Vorschrift in Abs. 3 des § 476 (daß der Verlust der Hauptberufung durch deren Zurücknahme eintrete) hinauskommen, was mit der Natur jener Vorschrift unvereinbar wäre.

Von der vorstehend gedachten Regel setzt jedoch § 483 Abs. 2 eine wichtige Ausnahme fest. Nach dieser Gesetzesbestimmung soll es dann, wenn der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der Berufung angeschlossen hat, „so angesehen werden", als habe er die Berufung selbständig eingelegt. Hierdurch ist eine zweifache Gattung der Anschlußberufung geschaffen worden; die selbständige Anschlußberufung und die unselbständige. Nur hinsichtlich der zweiten Gattung gilt die oben gedachte Regel, daß sie durch Zurücknahme der Hauptberufung oder bei Verwerfung der letzteren als unzulässig, unwirksam wird; im Gegensatze hiervon wird die prozessualische Wirkung der selbständigen Anschließung in der Weise aufrecht erhalten, daß ungeachtet der durch Zurücknahme oder Verwerfung der Hauptberufung als unzulässig, eintretenden Hinfälligkeit der letztern „es so anzusehen sein soll, als wäre die Berufung selbständig eingelegt."

Nach dem, was über die Form und den Zeitpunkt der Einlegung der Anschlußberufung gesagt worden ist, wird der reguläre Hergang bei der Einlegung der selbständigen Anschlußberufung der sein, daß dieselbe in dem die Beantwortung der Berufung

enthaltenden oder sonst in einem vorbereitenden, dem Berufungskläger noch innerhalb der Berufungsfrist zugestellten Schriftsatze erklärt wird. Hier ist nun der Zweifel entstanden: ob man die Bestimmung des Abs. 2 im § 483 so zu verstehen habe, daß die selbständige Anschließung in allen Beziehungen — in Hinsicht ihrer prozessualischen Form und Wirkung — als eine wider das betreffende Urtheil gerichtete (Haupt-)Berufung zu beurtheilen sei und zu gelten habe, ob, mit andern Worten, dieselbe in die Hauptberufung übergehe, oder ob mit jener gesetzlichen Bestimmung nur soviel gesagt sein solle: daß die innerhalb der Berufungsfrist bewirkte Anschließung unabhängig von der Zurücknahme, bez. von der Zurückweisung der Hauptberufung als unzulässig, ausnahmsweise wirksam, immerhin aber, im Uebrigen unter Beibehaltung der accessorischen Natur der Anschlußberufung, als Anschlußberufung wirksam bleiben solle? Für die erstere Meinung kann die allgemeine Fassung des Abschnittes 2 des § 483 angeführt werden; für die zweite der Umstand, daß dieser Absatz nach dem Zusammenhange mit dem vorhergehenden Absatze 1 und nach der Oekonomie des ganzen, auf die Berufung Bezug habenden Abschnittes der CPO. nur eine Ausnahme von der in § 483 Abs. 1 ausgedrückten Regel bilde und daß daher die Anwendung dieser Bestimmung nicht weiter reichen könne, als es die Geltendmachung der Ausnahme-Bestimmung, mithin die Aufrechthaltung der Anschluß-Berufung als solcher, erheische. — Die Commentatoren sind hier sehr getheilter Meinung. Die verschiedenen Auffassungen sind oben Seite 344 zusammengestellt. Um aus dem Dilemma zu kommen, möchte es sich empfehlen, daran festzuhalten, daß Abs. 2 des § 483 — als Ausnahmebestimmung — nur dann Anwendung zu leiden hat, wenn die in Abs. 1 enthaltene Regel nicht Platz greift. Man wird also davon auszugehen haben, daß, so lange weder die Zurücknahme der (Haupt-)Berufung noch die Verwerfung derselben als unzulässig eintritt, auch die innerhalb der Berufungsfrist bewirkte Anschließung lediglich als solche, mit dem ihr in dieser Eigenschaft beizulegenden accessorischen Charakter in Betracht kommt und in formeller Beziehung, sowie nach ihren prozessualischen Wirkungen als solche zu beurtheilen ist. Es wird hier also

noch nicht zu fragen sein, ob sie in der für die (Haupt-)Berufung geordneten Form erklärt worden sei, namentlich auch dann nicht, wenn diese Erklärung überhaupt nur in der mündlichen Verhandlung auf die (Haupt-)Berufung, bis zum Schlusse dieser Verhandlung stattgefunden hat; andererseits wird diese Anschließung dem Anschlußberufungskläger alle diejenigen Vortheile gewähren, welche daraus hervorgehen, daß ihn der (Haupt-)Berufungskläger durch Beschränkung seiner Berufungsanträge hinsichtlich der mittels der Anschließung geltend zu machenden Beschwerden nicht beschränken kann und daß es ihm, dem Anschließenden, frei steht, auch den Kostenpunkt allein seinerseits zum Gegenstande der Berufung zu machen.

Wird aber die (Haupt-)Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen, dann tritt der in Abs. 2 des § 483 vorgesehene Fall ein und dann erst kann der Charakter der innerhalb der Berufungsfrist bewirkten Anschließung als selbständiger Berufung in Betracht kommen. Die Motiven (S. 304, bei Hahn, Materialien 2c. S. 354 flg.) besagen hier, anknüpfend an die Bemerkungen: daß die Anschließung durch die Beantwortung der Berufung oder durch einen andern Schriftsatz vorbereitet werde, aber erst durch Stellung der Anträge in der mündlichen Verhandlung erfolge, daß der Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungs**beklagten** daher der Zeitpunkt sei, von welchem an der Berufungskläger die Anschließung durch Zurücknahme der Berufung **nicht** mehr verhindern könne, daß die frühere Zurücknahme die Anschließung unmöglich mache und daß die Anschließung durch Wegfall der Berufung selbst ihre Wirkung verlieren müsse, wenn die Berufung als **unzulässig** verworfen werden müsse, wörtlich Folgendes:

„Nur **im Falle**, daß der Anschluß innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist, **hat** die sonst bloß vorbereitende Erklärung die **erhöhte** Bedeutung der **eignen** Berufung. **In diesem Falle** ist die Anschließung von dem **Bestehen der Berufung***) unabhängig. Sofern diese **Unabhängigkeit beansprucht** wird, ist aber auch die Zulässigkeit der Berufung **selbständig** zu

*) d. h. der Hauptberufung.

prüfen; nur die besondere Ladung zur mündlichen Verhandlung ist entbehrlich."

Wenn sich nun die hinsichtlich der Auslegung des Abs. 2 des § 483 oben gedachten Zweifel durch Prüfung des Wortlautes dieser gesetzlichen Bestimmung und nach deren Zusammenhang mit den übrigen, auf die Anschließung sich beziehenden Bestimmungen, in welchen sie vom Gesetzgeber gebracht ist, nicht beseitigen lassen, vielmehr aus der Zusammenhaltung dieser Momente gerade hervorgehen, so wird es gerechtfertigt sein, auf das unter solchen Umständen gewichtigste Material zur Auslegung der fraglichen Bestimmung, auf die Motiven, einzugehen. Darnach aber kann es nicht zweifelhaft sein, daß Abs. 2 des § 483 für den dort vorgesehenen Fall zwar eine Ausnahmebestimmung von der in Abs. 1 enthaltenen Regel enthält, aber eine solche Ausnahmebestimmung, durch welche der innerhalb der Berufungsfrist bewirkten Anschließung die Natur einer selbständigen Berufung, wie es der regulären Natur dieses letztgedachten Rechtsmittels entspricht, beigelegt worden ist. Endemann, die CPO., Bd. 2 S. 412, bemerkt: „Abs. 2 des § 483 sagt nicht, daß die Anschlußberufung zu beurtheilen wäre als sei sie von Haus aus als Hauptberufung eingewendet, sondern daß sie, legal entstanden, nunmehro in Hauptberufung übergeht." Der Anschließende verschafft sich durch die selbständige Anschlußberufung den Vortheil, daß ihm sein Rechtsmittel durch Zurücknahme der Hauptberufung und durch Verwerfung derselben als unzuläßig, nicht entzogen werden kann; dasselbe wird der an sich ihm beiwohnenden accessorischen Natur entkleidet. Die betreffende Partei muß sich aber eben deshalb auch gefallen lassen, daß nunmehro das Berufungsgericht, bei Ausübung der nach § 497 der CPO. ihm ganz im Allgemeinen auferlegten Verpflichtung, von Amtswegen zu prüfen: ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei? an die Anschließung den Maßstab einer selbständig eingewendeten (Haupt-)Berufung anlege. In einem solchen Falle wird also vor allen Dingen formell die Anschließung durch Zustellung eines den Erfordernissen in § 479 der CPO. entsprechenden Schriftsatzes zu erfolgen gehabt haben, nur daß es im letztern

nicht der Aufnahme einer besondern Ladung zum Termine zur mündlichen Verhandlung bedarf, da zu diesem Termine der Berufungskläger — der Gegner des Anschließenden — bereits selbst geladen hat. Was aber die prozessualische Wirkung der selbständigen Anschließung betrifft, so wird der Anschließende dadurch, daß sein Rechtsmittel den accessorischen Charakter verliert, zwar insoweit besser gestellt, als dasselbe eben vom Bestehen der Hauptberufung nicht abhängt, auch bleibt er natürlich, wie schon bei der unselbständigen Anschlußberufung, in Bezug auf die Aufstellung seiner Beschwerdepunkte durch Stellung seiner Berufungsanträge, von der (zurückgenommenen oder als unzulässig verworfenen) Hauptberufung unabhängig; er muß aber auch hier die Consequenzen der Selbständigkeit anerkennen und alle die Gründe gegen sich gelten lassen, aus welchen sein Rechtsmittel, als Hauptberufung betrachtet, unzulässig erscheinen und deshalb zu verwerfen sein würde. Hierhin gehört z. B. unwirksame Zustellung des die Anschließung erklärenden Schriftsatzes, alleiniger Angriff des Kostenpunktes durch die Anschließung. — Einer ausdrücklichen Erklärung des Anschlußberufungsklägers im Falle des Eintrittes einer der in Abs. 1 des § 483 gedachten Voraussetzungen dahin lautend, daß seine innerhalb der Berufungsfrist bewirkte Anschließung als selbständige Berufung aufrecht erhalten werden solle, bedarf es nicht. Nach dem Gesetze soll es für den Fall des Eintritts jener Voraussetzungen so angesehen werden, als habe der Anschließende die Berufung selbständig eingelegt. Es wird daher zufolge des allgemeinen Prinzipes mündlicher Verhandlung genügen (§ 119 flg. der CPO.), wenn der Anschließende bei stattgehabter Zurücknahme der (Haupt-)Berufung vor Beginn der mündlichen Verhandlung, seinerseits in diesem Termine erscheint und daselbst seine Berufungsanträge stellt. Hierin muß unter den obwaltenden Umständen die in den Motiven bezeichnete Geltendmachung der Anschlußberufung als selbständiger Berufung gefunden werden. Auch wenn die Zurücknahme der Hauptberufung erst nach Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten mit dessen Einwilligung erfolgen würde, dürfte aus dieser Einwilligung ein Präjudiz zum Nachtheile des Letzteren

bezüglich seiner selbständigen Anschlußberufung nicht hergeleitet werden. Das Gesetz macht hier keinen Unterschied, zu welchem Zeitpunkte die Zurücknahme der Berufung erfolgt und unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen sie, um wirksam zu sein, erfolgen muß; das Gesetz entkleidet jede innerhalb der Berufungsfrist eingewendete Anschlußberufung für die Fälle des Abs. 1 § 384 des accessorischen Charakters. Es bedarf daher auch, selbst wenn die Zurücknahme der Hauptberufung mit Einwilligung des Berufungsbeklagten erfolgt, nur der Stellung der Berufungsanträge des Letztern in dem Termine zur mündlichen Verhandlung, um die innerhalb der Berufungsfrist eingelegte Anschlußberufung als selbständige Berufung geltend gemacht erscheinen zu lassen. Ganz nach gleichen Grundsätzen wird — bei der Gleichartigkeit des Verhältnisses — die Sache zu beurtheilen sein, wenn die Zurückweisung der Hauptberufung als unzulässig ausgesprochen werden muß.

Der Erwähnung bedarf noch folgender Fall:

Nach § 477 der CPO. kann die Berufung gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils — von welcher Zustellung an die Berufungsfrist beginnt — eingelegt werden. Nach § 481, 234, 204 der CPO. kann auch die Einlassungsfrist auf die Berufung abgekürzt werden. Es ist daher möglich, daß die mündliche Verhandlung auf die (Haupt-)Berufung noch während des Laufes der Berufungsfrist stattfindet. Bei den Vorschriften in § 486 der CPO. ist dieser Fall besonders erwogen. Es ist daher auch denkbar, daß die Anschließung in einer solchen mündlichen Verhandlung mündlich erklärt wird. In dieser Form aber würde der Anschlußberufungskläger seine Anschließung im Falle der wirksamen Zurücknahme, bez. der Zurückweisung der (Haupt-)Berufung niemals als selbständige Anschließung aufrecht halten können, ungeachtet dieselbe innerhalb der Berufungsfrist eingewendet worden; es würde zu dieser Aufrechthaltung an der nöthigen Form des Schriftsatzes fehlen (von Bülow, a. a. O.). Praktisch ist die Sache nicht erheblich, da es der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist in der Hand hat, sich noch durch Zustellung eines Schriftsatzes anzuschließen, bez. direct (Haupt-)Berufung einzulegen.

II. Versäumung am Termine zur mündlichen Verhandlung.

Schon im Eingange wurde darauf hingewiesen, daß nach § 504 Abs. 1 der CPO. der allgemeine Grundsatz gilt, nach welchem in der Berufungsinstanz die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz entsprechende Anwendung finden und daß, zu vergl. die Motiven (Hahn, Materialien 2c. S. 361 a. E.), auch in Betreff des Versäumnißverfahrens bezüglich der Anschlußberufung diese nämliche „entsprechende Anwendung" einzutreten habe. — Sieht man hier zunächst noch ab von den auf die Versäumung des Berufungsbeklagten am Termine zur mündlichen Verhandlung sich beziehenden Specialvorschriften in Abs. 2 des § 504, so ist die nächste Frage: welchen Einfluß die Versäumung des Berufungsklägers am gedachten Termine auf die Anschlußberufung des Gegners habe?

In der ersten Instanz ist (Motiven zu § 295 des Gesetzes, § 285 des Entwurfs, Hahn, Materialien 2c. S. 293) die Folge der Versäumung gegen den Kläger dahin festgestellt, daß er, ohne daß eine sachliche Prüfung der Klage stattzufinden hätte, auf Beklagtens Antrag mit der Klage abzuweisen sei. Das Prozeßgericht hat in diesem Falle davon auszugehen, daß der Kläger seinen geklagten Anspruch nicht aufrecht erhalten wolle; daher trifft diese Abweisung den Klaganspruch selbst und hat nicht bloß die Bedeutung einer Entbindung Beklagtens von der Instanz, eines bloßen Ausspruches, daß die Klage für nicht angebracht zu gelten habe.

Die „entsprechende" Anwendung dieser Sätze auf das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz kann nur dahin führen, daß vom Prozeßgerichte auf Antrag des Berufungsbeklagten wider den an der mündlichen Verhandlung sich versäumenden Berufungskläger anzunehmen ist, derselbe wolle an seiner Berufung — mithin an der Anfechtung des erstinstanzlichen Urtheils — nicht festhalten und daß demgemäß durch Versäumnißurtheil die Berufung zurückzuweisen sei. Jedenfalls hat man es hier mit der vom Gesetze vorgezeichneten Annahme einer Willenserklärung zu thun,

zufolge welcher das eingewendete Rechtsmittel nachträglich von der betreffenden Partei selbst außer Kraft gesetzt, also zurückgenommen wird. Zu diesem Resultate führt die entsprechende Anwendung der nach § 295 eintretenden Abweisung des geklagten Anspruches selbst und die prozessualische Natur der Berufung, welche stets im Ganzen d. h. so eingelegt wird, daß sie das ganze Urtheil trifft, daß die Geltendmachung der Berufungsbeschwerden aber durch Stellung der Berufungsanträge in der mündlichen Verhandlung erfolgt und bis zum Schlusse der letztern zuläßig ist, als wornach das Aufgeben der Berufung immer das Rechtsmittel im Ganzen treffen, mithin als Zurücknahme des Rechtsmittels sich kennzeichnen muß.

Petersen, die d. CPO. (II. Ausg.) S. 733 — welchem in der Hauptsache auch Seuffert (II. Ausg.) S. 615 beitritt — macht geltend, daß die Zurücknahme der Klage (§ 243 der CPO.) mit der im Falle der Versäumung des Klägers durch Versäumnißurtheil auszusprechenden Abweisung der Klage (§ 295 der CPO.) im Gesetze nicht ausdrücklich gleichgestellt worden sei, daß vielmehr Wirkungen mit der Klagzurücknahme verbunden seien, welche bei der Klagabweisung mittels Versäumnißurtheils nicht eintreten. Hieraus wird dann geschlossen, daß auch die Versäumung des Berufungsklägers am Verhandlungstermine der Zurücknahme des Rechtsmittels im Sinne des § 483 Abs. 1 der CPO. nicht gleich, geachtet werden, die Wirkungslosigkeit der Anschlußberufung mithin nicht herbeiführen könne, daß vielmehr in einem derartigen Falle wider den sich versäumenden Berufungskläger, gegenüber der durch Versäumung nicht hinfällig werdenden Anschlußberufung, (möge dieselbe eine selbständige oder eine nichtselbständige sein), als nicht erschienenen Anschlußberufungsbeklagten, nach Abs. 2 des § 504 zu verfahren und zu entscheiden sei.

Dem möchte aber entgegengehalten werden können:

1. Nach dem leitenden Gedanken des Gesetzgebers, welcher den das Contumazialverfahren regelnden Sätzen in den §§ 295 und 504 Abs. 1, wie oben gezeigt wurde, zu Grunde liegt, ruht die nach § 295 wegen Versäumung des Klägers auszusprechende Abweisung der Klage zwar nicht auf ausdrücklich erklärter, wohl

aber auf kraft des Gesetzes zu vermuthender Zurücknahme der Klage; zugleich aber ist

2. dieser Zurücknahme im Vergleich zu den Vorschriften in § 243 eine erhöhte Wirkung beigelegt, indem dieselbe nicht nur den prozessualischen Act der Klagerhebung, sondern den klagbar gemachten Anspruch selbst trifft.

3. Das Gesetz unterscheidet in § 483 Abs. 1 nicht zwischen förmlich erklärter und zu präsumirender Zurücknahme. Ohne hinreichenden Grund dürfte daher bei Petersen a. a. O. davon ausgegangen werden, daß die Vorschriften in § 483 Abs. 1 nur für den Fall förmlich erklärter Zurücknahme der Berufung ertheilt seien; davon besagt der Abs. 1 § 483 etwas nicht.

4. Wenn nach Abs. 1 des § 504 die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz auf das Versäumnißverfahren in der Berufungsinstanz entsprechende Anwendung zu leiden haben, so können damit nur die allein auf das Versäumnißverfahren Bezug habenden Vorschriften in § 295 flg. gemeint sein, welche im Gegensatze zu § 243 der im Falle der Versäumung zu präsumirenden Zurücknahme der Klage die erhöhte Wirkung des Aufgebens des Anspruches selbst beilegen; es kann hier also

5. keinen Einfluß äußern, daß die nach § 243 erfolgte Zurücknahme der Klage in ihren Wirkungen insofern von den Wirkungen der nach § 295 zu präsumirenden Zurücknahme der Klage differirt, als bei ersterer Zurücknahme eine erneuerte Klagerhebung zulässig ist, auch dabei den Kläger der in Abs. 4 des § 243 gedachte Nachtheil hinsichtlich der Kostenerstattung trifft.

Man möchte nach alledem anzunehmen haben, daß gegen den am Termine zur mündlichen Verhandlung sich versäumenden Berufungskläger der Anschließende so vorgehen könne, als habe Ersterer seine Berufung nach § 483 Abs. 1 zurückgenommen. Dabei kommt aber in Betracht, daß die Contumazialfolgen — bei der „entsprechenden“ Anwendung von § 295 — nicht von selbst eintreten, sondern nur auf Antrag des Berufungsbeklagten, daß mithin die auf Grund der Versäumung des Berufungsklägers anzunehmende Zurücknahme der (Haupt-)Berufung erst durch das

auf Antrag des Anschließenden ertheilte Versäumnißurtheil zur Geltung gelangt. Hier macht sich der unter I. dargelegte Unterschied zwischen der selbständigen und der unselbständigen Anschlußberufung besonders geltend. Beantragt der Anschließende im Falle der Versäumung des Berufungsklägers bei unselbständiger Anschließung wider den Letztern Versäumnißurtheil (auf Zurückweisung der Berufung), so verlangt er zugleich, daß die unentbehrliche Voraussetzung einer unselbständigen Anschließung, die Hauptberufung, beseitigt werde. Es wird hierdurch die Anschließung unmöglich; der Anschließende hat kein selbständiges Recht auf die Anschlußberufung; Kleinschmidt in Busch's Zeitschrift Bd. 5 S. 460 flg. und das daselbst mitgetheilte Urtheil des Hanseatischen OLG.'s. — In diesem Urtheile ist treffend bemerkt: „Gegenüber dem Berufungskläger, welcher seine Berufung durch Nichterscheinen im Stiche läßt, dem Gegner die Möglichkeit zu sichern, nach Ablauf der Berufungsfrist das Urtheil noch im Wege der Anschließung anzufechten, dafür ist keine Handhabe im Gesetze und kein Bedürfniß vorhanden." —

Es wird also in derartigen Fällen sowohl die (Haupt-)Berufung zurückgewiesen, wie die — unselbständige — Anschlußberufung für unwirksam erklärt werden müssen. Der Anschließende kann sich den Consequenzen seines Antrages nicht entziehen; er kann nicht verlangen, daß die nothwendige prozessualische Voraussetzung seiner Anschließung — die (Haupt-)Berufung — für hinfällig erklärt werde und doch die unselbständige Anschließung wirksam bleibe; da würde er allerdings mit sich selbst in Widerspruch treten.

Diese Folgen der Versäumung des Berufungsklägers können aber der Natur der Sache nach nur soweit und solange wirken, als das Versäumnißurtheil selbst wirkt; wird letzteres durch Einspruch angefochten, so wird der Berufungsbeklagte in der neuen Verhandlung wieder von der Anschließung Gebrauch machen können.

Anders gestaltet sich das Verhältniß bei der selbständigen Anschließung. Die selbständige Natur der letzteren bringt hier den Anschließenden, wenn er den Antrag auf Ertheilung des Versäumnißurtheils wider den Berufungskläger stellt, mit den die

Anschlußberufung betreffenden Anträgen, eben der Selbständigkeit der Anschließung wegen, nicht in Collision, wohl aber erscheint der sich versäumende Berufungskläger, gegenüber der als selbständiges Rechtsmittel sich darstellenden Anschlußberufung, zugleich als im Termine zur mündlichen Verhandlung ausgebliebener Berufungsbeklagter, es wird wider ihn, soweit die Anschlußberufungsanträge reichen, in Gemäßheit der Bestimmungen in Abs. 2 § 504 der CPO. zu verfahren und durch das Versäumnißurtheil mit zu entscheiden sein (zu vergl. Gaupp, die CPO. Bd. II. S. 535 zu § 504; Endemann, die CPO. Bd. 2 S. 438 zu § 504).

Würde im Termine zur mündlichen Verhandlung der (Berufungsbeklagte und) Anschließende zwar erscheinen, den Antrag auf Erlassung des Versäumnißurtheils wider den ausgebliebenen Berufungskläger aber nicht stellen, so würde es ebenso anzusehen sein, als hätte auch der Anschließende sich versäumt — denn schon die Unterlassung der Stellung des Antrags steht dem Nichtverhandeln im Termine gleich (v. Wilmowski und Levy, II. Aufl. zu § 228 S. 279). Das Verfahren würde daher nach § 228 der CPO. ruhen und von der Ertheilung eines Versäumnißurtheils wider den Berufungskläger in dieser Eigenschaft und in seiner Eigenschaft als Anschlußberufungsbeklagter würde nicht die Rede sein können.

Würde der Berufungsbeklagte allein im Termine zur mündlichen Verhandlung ausbleiben, so würde diese Säumniß die Geltendmachung einer (unselbständigen) Anschlußberufung in der versäumten Verhandlung Seiten des Berufungsbeklagten ausschließen und wenn derselbe eine solche bereits in einer frühern contradictorischen mündlichen Verhandlung erhoben hätte und in der Schlußverhandlung (auf welche das Urtheil ergeht) ausbliebe, würde die Anschließung auf des Berufungsklägers Antrag, nach den aus §§ 504 Abs. 1 verb. mit 295 u. 483 der CPO. zu entnehmenden Grundsätzen, zurückzuweisen sein (Gaupp, Bd. II. S. 538 bei III.).

III. Giebt es eine Anschließung an die Anschließung?

Von praktischem Interesse kann diese Frage nur dann sein, wenn die Anschließung (an welche Anschließung erfolgen soll) nach § 483 Abs. 2 der CPO. in eine selbständige Anschließung übergeht. Denn die unselbständige Anschließung setzt nach den Ausführungen unter I. und II. und nach § 483 Abs. 1 immer eine rechtsgültig eingelegte und noch wirksame Hauptberufung (des Gegners des Anschließenden) voraus. Da aber dieser Hauptberufungskläger die Ausdehnung seiner Berufungsbeschwerden bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung auf seine Berufung ganz in der Hand hat, auch den Kostenpunkt mit seiner Hauptberufnng anfechten kann, wenn er dieselbe — was unbedingt nöthig ist, wenn die Hauptberufung zulässig sein soll — gegen die Entscheidung in der Hauptsache richtet, so läßt sich ein rechtliches Interesse nicht denken, auf welches die Anschließung an die unselbständige Anschließung sich stützen könnte.

Ist dagegen die Anschließung als selbständige Berufung aufrecht zu halten, so möchte die Meinung derjenigen Commentatoren in dieser vielbestrittenen Materie*) den Vorzug verdienen, welche, als Consequenz des der selbständigen Anschließung zufolge des Gesetzes beigelegten selbständigen Charakters die Anschließung — an die selbständige Anschließung — dem Berufungskläger dann zulassen, wenn seine (Haupt-)Berufung als unzulässig verworfen wird (§ 483 Abs. 1 der CPO.), während sie dieselbe für unstatthaft und wirkungslos erachten, wenn der Berufungskläger die (Haupt-)Berufnng zurückgenommen hat, weil eine Zulassung der Anschließung an die (selbständige) Anschließung in letzterem Falle auf einen unzulässigen Rückgriff auf einen unter der gesetzlichen Androhung des Verlustes aufgegebenen Rechtsbehelf, auf Umgehung der Vorschrift in § 476 Abs. 3 der CPO. hinauskommen würde (v. Sarwey, die CPO. Bd. 1 zu § 483 S. 667; Puchelt, die CPO. Bd. 2 § 483 S. 426). In letzterer Hinsicht muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß § 483 Abs. 2 zwar die besondere Vorschrift enthält,

*) Zu vergl. oben S. 344, wo die verschiedenen Meinungen zusammengestellt sind.

es solle, wenn sich der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist der Hauptberufung angeschlossen hat, auch dann, wenn die (Haupt-)Berufung zurückgenommen wird, so angesehen werden, als habe der Anschließende seinerseits selbständig Berufung eingewendet; allein es läßt sich hieraus nicht die Folgerung herleiten, daß diese Fiction, durch welche in dem in Abs. 2 des § 483 gesetzten Falle die regulären in Abs. 1 dieses Paragraphen bestimmten Folgen der die Zurücknahme der (Haupt-)Berufung bekundenden Willenserklärung des Berufungsklägers zu Gunsten des Berufungsbeklagten außer Kraft gesetzt werden, zugleich dazu benutzt werden dürfe, zu des nämlichen Berufungsbeklagten Ungunsten die für denselben nach § 476 Abs. 3 der CPO. aus jener Willenserklärung seines Gegners sich ergebenden Vortheile zu beseitigen. Bei Wilmowski und Levy, die deutsche CPO. (II. Ausg.) zu § 483 S. 574 not. 3 wird die Zulässigkeit der Anschließung an die Anschließung, auch bei selbständiger Anschließung, um deswillen negirt, weil die als selbständige Berufung anzusehende Anschließung nur eine fingirte, keine wirkliche Hauptberufung sei, an welche Anschließung möglich wäre. Hiermit scheint aber der Natur der Fiction nicht Rechnung getragen. Wenn im Falle des Abs. 2 § 483 der Gesetzgeber dem von der betreffenden Prozeßpartei nur als Anschließung bezeichneten und eingelegten Rechtsmittel im Gegensatze hierzu die rechtliche Eigenschaft einer (Haupt-)Berufung ausdrücklich beilegt, so ist im Mangel einer hierbei gemachten Einschränkung nicht abzusehen, warum jene fingirte, aber eben ohne Einschränkung fingirte, Eigenschaft nicht auch in Bezug auf eine zu verstattende Anschließung Geltung haben sollte? Wenn aber in der vorgedachten Nota noch hervorgehoben wird: die (selbständige) Anschließung würde Hauptberufung nur dann sein, wenn sie allen Erfordernissen der letztern genügte, also auch eine Ladung enthielte, so wird mit dieser an sich gewiß richtigen Hinweisung der Beweis dafür nicht erbracht, daß diese im Wege der Fiction vom Gesetze selbst der Anschließung in dem in § 483 gedachten Falle beigelegte Eigenschaft einer selbständigen Berufung nicht soweit reichen sollte, um dieselbe, wie jede selbständige Berufung, zugleich als Voraussetzung für die Anschließung wirken zu lassen. —

Präjudizien.

Civilprozeß.

30.

Versäumung des Berufungsklägers am Verhandlungstermine; §§ 504, 295 der CPO. — Unterbrechung des Verfahrens im Falle des Todes einer Prozeßpartei; Versäumung der Rechtsnachfolger an dem zur Aufnahme des Verfahrens und zur Verhandlung der Hauptsache angesetzten Termine; §§ 223, 217 der CPO. — Verhältniß der §§ 82 und 84 der CPO. zu einander.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 15. Juni 1882 no. 2 O. I. 1882.

Thatbestand.

Franz Wilhelm F. und Adolph Sch. haben gegen das sie zur Zahlung von 4981 Mark 71 Pf. nebst Zinsen zu 5 vom Hundert vom 5. Mai 1881 ab an die Klägerin und zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilende Erkenntniß der ersten Civilkammer des LG.'s zu D. Berufung eingelegt. Die Berufungsschrift ist mit der auf den 13. Februar 1882 lautenden Terminsbestimmung der Klägerin, wie diese nachgewiesen hat, zugestellt worden. In der Folge ist auf den gemeinsamen Antrag der Parteivertreter der Termin auf den 9. März 1882 verlegt, sodann aber auf den Antrag des Bevollmächtigten F.'s wegen des von demselben angezeigten Ablebens des Letzteren mit Beschluß vom 9. März 1882 die Aussetzung des Verfahrens angeordnet worden. Nunmehr hat die Klägerin mittelst Schriftsatzes vom 15. März 1882 zu einem darin auf den 27. April 1882 anberaumten Termin geladen und zwar

1) den Berufungskläger Sch., dessen Vertreter der Schriftsatz

am 20. März 1882 zugestellt worden ist, zur Verhandlung über die Berufung,

2) die Ernestine Wilhelmine verw. F. und die unverehel. Flora F., denen der erwähnte Schriftsatz am 23. März 1882 zugestellt worden ist, unter dem darin enthaltenen Anführen, daß sie die Erben des verstorbenen F. seien und dessen Nachlaß bereits angetreten haben, zur Aufnahme des Rechtsstreits, sowie zur Verhandlung über die Hauptsache und über die Berufung. An Beide ist auch die in § 192 der CPO. vorgeschriebene Aufforderung gerichtet.

Der erwähnte Schriftsatz ist dem Rechtsanwalt Z. auch in seiner Eigenschoft als Bevollmächtigter F.'s am 20. März 1882 zugestellt worden.

Der angesetzte Termin ist sodann auf den von dem Rechtsanwalt Z. für die Berufungskläger im Einverständniß mit dem Vertreter der Klägerin gestellten Antrag auf den 8. Juni 1882 verlegt und der hierauf bezügliche Gerichtsbeschluß dem genannten Rechtsanwalte, sowie dem Vertreter der Klägerin am 24. April 1882 zugestellt worden.

In dem Termine vom 8. Juni 1882 ist nur der Letztere, für die Gegner ist Niemand erschienen. Jener hat gegen Sch. den Antrag verlesen, die Berufung mittels Versäumnißurtheils kostenpflichtig zu verwerfen und gegen die Erben F.'s beantragt, die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und demgemäß Versäumnißurtheil wider Beide zu erlassen.

Entscheidungsgründe.

Die gegen Sch. ergangene Entscheidung*) wird mit Rücksicht auf die ausweislich des Thatbestandes gehörig erfolgte Vorladung desselben zu dem Termine vom 8. Juni 1882 durch die Vorschriften in § 504, 295, 92 Absatz 1 der CPO. gerechtfertigt. Nur ist bezüglich des Umfangs der ihn hinsichtlich der Kosten der Berufungsinstanz treffenden Verpflichtung noch zu bemerken, daß selbstverständ-

---

*) Auf Zurückweisung der Berufung und Verurtheilung zur Tragung der Kosten der Berufungsinstanz, soweit diese Kosten durch Sch.'s Rechtsmittel entstanden. D. R.

lich hierauf die Weiterungen, welche in dem Verfahren wegen des Ablebens seines Streitgenossen F. eingetreten sind und noch eintreten werden, ohne Einfluß bleiben und daß das Streitobject, nach welchem die von ihm zu tragenden Kosten zu berechnen sind, in der Hälfte der durch das Urtheil der ersten Instanz der Klägerin zugesprochenen Summe besteht, da die Verurtheilung der beiden Beklagten darin nicht solidarisch erfolgt und deshalb als nach Kopftheilen geschehen aufzufassen ist.

Anlangend die gegen die verw. F. und die unverehel. F. ergangene Entscheidung, so geht aus dem Thatbestande und aus den im Sitzungsprotokolle vom 8. Juni 1882 festgestellten Nachweisungen hervor, daß Beide zu dem Termine vom 27. April 1882 Seiten der Klägerin formell richtig geladen sind (§ 217 Abs. 3 und § 223 Abs. 2 der CPO.). Es ist aber auch ihre Vorladung zum Termin vom 8. Juni 1882 gehörig geschehen, da der diesen Termin bestimmende Gerichtsbeschluß dem Rechtsanwalte Z., welcher diesen Beschluß in Vertretung der Berufungskläger überhaupt, also auch der genannten Erbinnen des verstorbenen F. veranlaßt hatte, zugestellt worden ist. Die Beibringung einer Vollmacht Seiten des Rechtsanwalts Z. für dieselben ist nicht für nothwendig zu achten, um denselben als Bevollmächtigten der beiden Erbinnen ansehen zu können, obschon in § 82 der CPO. vorgeschrieben ist, daß der Bevollmächtigte, welcher nach der durch den Tod seines Vollmachtgebers veranlaßten Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreite auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen hat. Denn diese Vorschrift steht unter dem aus § 84 der CPO. abzuleitenden Principe, daß im Anwaltsprozesse das Gericht den Mangel der Vollmacht nicht von Amtswegen zu berücksichtigen hat (vgl. auch die Commentare von Sarwey, Band I. Seite 160 nota 2 und Seuffert, Seite 87 nota 2). Daß die beiden Genannten Erbinnen des ursprünglichen Berufungsklägers F. geworden seien, ist in dem Schriftsatze vom 16. März 1882 schlüssig behauptet worden. Nach dem Allen mußte, da dieselben in dem angesetzten Termin nicht erschienen sind, auf den Antrag der Klägerin in Gemäßheit von § 223 Abs. 2 und § 217 Absatz 4 der CPO. die behauptete Rechtsnachfolge der verw. F. und der unverehel. F. als zugestanden angenommen, in Folge dessen aber

durch Versäumnißurtheil ausgesprochen werden, daß das Verfahren von ihnen aufgenommen sei.

Die Verurtheilung derselben zur Tragung der Kosten der Aufnahme des Verfahrens ist Folge ihrer Sachfälligkeit (§ 87 der CPO.).

31.

Eigentliches Zwischenurtheil, ungeachtet des vom Prozeßgerichte verkündeten Beschlusses: über den Grund des Anspruchs vorab entscheiden zu wollen; §§ 276, 137, 275, 274 der CPO. — Theilurtheil?

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 16. October 1882 no. 120 O. I. 1882.

Entscheidungsgründe.

Bei der nach § 497 der CPO. von Amtswegen vorzunehmen gewesenen Prufung der Statthaftigkeit der vorliegenden Berufungen mußte vor Allem die Frage entstehen, ob das angefochtene Erkenntniß zu den eigentlichen, einer selbständigen Anfechtung nicht ausgesetzten, sondern gemäß § 473 der CPO. erst mit dem späteren Endurtheile anfechtbaren Zwischenurtheilen gehöre, oder in die Kategorie derjenigen Zwischenurtheile falle, welche nach den einschlagenden besonderen Vorschriften der CPO. — zu vgl. §§ 248, 276, 502, 562, — in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile zu behandeln sind. Die von der vorigen Instanz getroffene Anordnung, daß „über den Grund des Anspruchs vorab" verhandelt und entschieden werden solle, deutet nach ihrem Wortlaute im Zweifel auf die Intention des Gerichtes hin, von der in § 276 der CPO. ertheilten Ermächtigung einer Trennung der Entscheidung über den Grund und über den Betrag des Anspruches Gebrauch machen zu wollen. Hätte eine solche Absicht obgewaltet und in dem angefochtenen Urtheile Verwirklichung gefunden, so würde die formelle Zulässigkeit der jetzigen Berufungen im Hinblick auf § 276 Abs. 2 der CPO. zu keinem Bedenken Anlaß geben. Allein nach Lage der Sache kann zuvörderst schon an sich nicht füglich angenommen werden, daß jene Absicht auf Seiten des Gerichtes vorhanden gewesen sei. Denn zur Ausübung der in § 276 Abs. 1 der CPO. dem Richter gewährten Befugniß mangelt es im gegenwärtigen Falle an einer wesentlichen Voraussetzung, an

der Existenz einer sowohl den Grund als den Betrag des Anspruches umfassenden Streitigkeit. In Bezug auf den Klaganspruch, welcher hier allein in Betracht kommen kann, bildet den Streitpunkt unter den Parteien ausschließlich die Frage, ob durch die im Thatbestande aufgeführten Vorgänge ein Rechtsverhältniß hergestellt worden sei, welches für den Beklagten die Verpflichtung erzeugt habe, das aus dem dort erwähnten Contoauszuge hervorgehende Guthaben des Erblassers der Klägerinnen sammt Zinsen zu 5% vom 1. December 1880 ab an die Klägerinnen zu bezahlen, nicht minder die in jenem Contoauszug mit aufgenommene Debetpost für Lagermiethe aus der Berechnung in Wegfall zu bringen und den Betrag dieser Post als einen Zuschlag zu dem gedachten Guthaben mit gleichmäßigen Zinsen an die Klägerinnen zu berichtigen. Darüber, daß für den Fall der Bejahung dieser Frage den Klägerinnen ein Forderungsrecht in Höhe des Belaufes, welchen der Contoauszug für das Guthaben des Erblassers der Klägerinnen und die vorbemerkte Debetpost ergiebt, gegen den Verklagten zuzuerkennen sein würde, herrscht zwischen den Parteien keine Differenz. Das Urtheil beschränkt sich demgemäß auch nicht, wie bei einer gesonderten Entscheidung über den Grund des Klaganspruchs hätte geschehen müssen, auf eine Disposition darüber, ob dieser Anspruch an sich für begründet zu achten sei oder nicht, sondern erstreckt sich gleichzeitig auf dessen Betrag, indem es die Forderung eines Guthabens von 30840 M. 55 Pf. nebst Zinsen zu 5% vom 15. September 1881 ab als begründet erklärt, wegen des an Hauptstamm und Zinsen Mehrgeforderten dagegen die Klage zurückweist. Jedenfalls läßt daher die Art und Weise, wie der gefaßte Beschluß, über den Grund des Anspruches vorab zu verhandeln und zu entscheiden, zur Ausführung gelangt ist, genügend ersehen, daß das Gericht bei diesem Beschlusse nicht eine Theilung des Prozeßstoffes, wie sie die Bestimmungen in § 276 der CPO. gestatten, beabsichtigt, sondern die Vorschriften der §§ 137 und 275 der CPO. im Auge gehabt hat. Denn wenn von ihm zunächst nur die Klage an und für sich zur Verhandlung und Entscheidung gezogen, dagegen die Erörterung und Erledigung der Ausflüchte des Beklagten für ein weiteres Stadium des Rechtsstreites vorbehalten ist, so hat hiermit zweifellos eine Sonderung der im gegenwärtigen Prozesse von den Parteien gebrauchten

selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel stattgefunden, wie solche durch die zuletzt gedachten Prozeßvorschriften dem Ermessen des Richters anheimgegeben ist.

Das vorige Urtheil, welches übrigens auch als ein Theilurtheil im Sinne von § 274 der CPO. nicht angesehen werden kann, weil darüber, ob die behaupteten Gegenforderungen mit dem Klaganspruche in rechtlichem Zusammenhange stehen oder nicht, zur Zeit noch jede nähere Auskunft zu vermissen und neben diesen Gegenforderungen auch noch eine Anfechtungseinrede zur Entkräftung des Klaggrundes dem Beklagten ausdrücklich gewahrt worden ist, charakterisirt sich somit als ein unter die Bestimmungen in § 275 zu subsumirendes Zwischenurtheil, bei welchem das Gesetz eine Ausnahme von der Regel, daß Zwischenurtheile als bloße anticipirte Bestandtheile des Endurtheils erst mit dem letzteren einer Anfechtung durch selbständige Rechtsmittel unterliegen, nicht statuirt. Die Frage, ob das Erkenntniß erster Instanz nicht mindestens insoweit, als darin die Klage wegen eines Betrages von 540 M. abgewiesen wird, die Eigenschaft eines Endurtheiles besitze und deshalb für eine Berufung der Klägerinnen zugänglich gewesen sei, mußte verneint werden. Denn diese Abweisung stellt sich als eine bloße Consequenz der rechtlichen Beurtheilung dar, welche zur Aufrechterhaltung der Klage wegen des ferneren Betrages von 30840 M. 55 Pf. geführt hat, und ist daher von den übrigen Verfügungen des Erkenntnisses nicht trennbar.

32.

Voraussetzungen für Anordnung des persönlichen Sicherheitsarrestes; § 798 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 26. Februar 1883 no 42 I. C. 1883.

Die Beschwerde, welche der Kaufmann J. T. in B. gegen den sein Gesuch um Anordnung des persönlichen Sicherheitsarrests gegen H. O. K. in M. zurückweisenden Beschluß der vierten Civilkammer des LG.'s zu D. vom 5. dieses Monats bei derselben Bl. des Actenheftes Cg. IV. 36/83 eingelegt hat, wird als unbegründet zurückgewiesen.

Von dem Beschwerdeführer ist die Ansicht der vorigen Instanz,

ihm liege ob, zu behaupten und zu bescheinigen, daß sein Schuldner Vermögen besitze, dessen Beseitigung durch denselben ohne den erbetenen persönlichen Sicherheitsarrest zu befürchten sei, nicht bestritten worden. Die Richtigkeit dieser Ansicht ist nicht zu bezweifeln. Nach den Motiven zu § 743 des Entwurfs, welcher der Vorschrift in § 798 der CPO. gleichlautend gewesen ist, nur daß darin statt der Worte „in das Vermögen des Schuldners“ die Worte „in das Vermögen eines zahlungsfähigen Schuldners“ sich befunden haben, hat durch die fragliche Bestimmung die den Personalarrest zur Sicherung der gefährdeten Execution in das Vermögen des Schuldners aufrecht haltende Vorschrift in § 2 des Reichsgesetzes vom 29. Mai 1868 wiedergegeben werden sollen, jedoch unter Ausschluß der nach letzterer für zulässig geachteten Personalhaft zur Nöthigung des Schuldners, sein im Auslande befindliches Vermögen für die Befriedigung des Gläubigers herbeizuschaffen. Für die hiernach beschränkte Anwendung des persönlichen Sicherheitsarrests sind als Voraussetzungen bezeichnet worden, daß der Schuldner solche Vermögensobjecte besitzt, in welche die Execution vollstreckt werden kann oder wird vollstreckt werden können, daß Umstände obwalten, welche die Vollstreckung oder den Erfolg der Execution in diese Vermögensobjecte verhindern oder die Verhinderung besorgen lassen und daß diese Hindernisse durch Inhaftnahme des Schuldners beseitigt werden können. Als zulässig ist der persönliche Sicherheitsarrest insbesondere bezeichnet worden, wenn der Schuldner gehindert werden soll, sein im Inlande befindliches Vermögen in das Ausland zu schaffen, und in Rücksicht auf das Erforderniß der Zahlungsfähigkeit ist bemerkt worden, daß ohne Aussicht auf wirkliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen von einer Sicherung derselben nicht die Rede sein kann, daß die Zahlungsfähigkeit aber nicht die Bedeutung habe, der Schuldner solle im Stande sein, alle seine Schulden überhaupt oder gar sofort zu berichtigen, daß es vielmehr genüge, wenn er der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen besitze und daß der Gläubiger nur dies glaubhaft zu machen habe, während der Schuldner durch Leistung des Offenbarungseides die Zahlungsunfähigkeit nachweisen und dadurch den persönlichen Sicherheitsarrest beendigen könne. Dadurch, daß in Folge eines Beschlusses der Reichstagscommission die Worte „eines

zahlungsfähigen Schuldners" mit den Worten „des Schuldners" vertauscht worden sind, hat die in den Motiven angegebene Tragweite der Bestimmung nicht geändert werden sollen. Denn der dem Beschluß zu Grunde liegende Antrag beruht darauf, daß das Wort „zahlungsfähig" doppelsinnig und überflüssig sei, daß es lediglich darauf ankommt, ob die Zwangsvollstreckung gefährdet sei oder nicht (s. Hahn, Materialien, I. Abthlg. S. 869). Nach dem Allen ist davon auszugehen, daß der persönliche Sicherheitsarrest da, wo eine Zwangsvollstreckung nicht möglich ist, nicht stattfinden soll und daß daher seine Anwendung voraussetzt, daß Vermögen des Schuldners, welches der Zwangsvollstreckung unterliegt, vorhanden und daß diese letztere gefährdet ist, wenn dem Schuldner die persönliche Freiheit belassen wird. Hat nun nach § 800 Abs. 2 der CPO. der Gläubiger den Arrestgrund glaubhaft zu machen, so liegt ihm bei dem Gesuch um den persönlichen Sicherheitsarrest ob, neben der Gefährdung der Zwangsvollstreckung auch das Vorhandensein von Vermögen des Schuldners, welches der letzteren unterliegt, glaubhaft zu machen, da ohne solches die Zwangsvollstreckung nicht geschehen kann, dieselbe also auch nicht gefährdet sein kann. In dem vorliegenden Falle fehlt es an der Glaubhaftmachung, daß R., der Schuldner, Vermögen besitze; der Inhalt der Beilage der Klage läßt im Gegentheil darauf schließen, daß dies nicht der Fall sei und daß der Schuldner die Forderung des Beschwerdeführers nicht einmal theilweise zu tilgen vermöge, wenn ihm nicht von einem Dritten dazu darlehnsweise Mittel gewährt werden. Daß ihm diese Mittel bereits gewährt seien, ist nicht glaubhaft gemacht, und es läßt sich hierfür auch nicht eine Vermuthung aufstellen.

33.

Erstattung der Kosten des Versäumnißurtheils Seiten des Säumigen, wenn dessen Einspruch für zulässig erachtet wird; §§ 18 no. 3, 32 Abs. 1, 2, 28, 26 no. 6 des GKG. und §§ 306 flg. der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 14. März 1883 no. 48 I. C. 1883.

In Sachen des Brauereibesitzers D. in M., Klägers, gegen den Steinmetzmeister H. in D., Beklagten, wird die von Letzterem gegen

den Kostenfestsetzungsbeschluß des LG.'s D. vom 8. Februar 1883 rechtzeitig eingewendete sofortige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen und die Tragung der durch dieselbe entstandenen Kosten nach § 92 der CPO. und § 45 des GKG. dem Beklagten aufgelegt.

Das Rechtsmittel richtet sich ausschließlich dagegen, daß der von dem Kläger in seine Kostenberechnung mit aufgenommene Gerichtskostenvorschuß an 81 M. zu den Kosten des Versäumnisses und des Einspruchs des Beklagten Bl. gerechnet und deshalb Letzterem allein auferlegt worden ist, während solcher den allgemeinen, zwischen den Parteien im Endurtheile verhältnißmäßig getheilten Prozeßkosten habe zugezählt werden sollen.

Hierbei ist jedoch vom Beklagten außer Acht gelassen worden, daß für das Versäumnißurtheil Bl., entsprechend der Vorschrift in § 18 no. 3 des GKG., die volle Entscheidungsgebühr mit 81 M. Bl. berechnet, außerdem aber für das Endurtheil Bl. nochmals die Entscheidungsgebühr lt. Bl. angesetzt worden ist, wie nach § 32 Abs. 1, 2 des GKG. statthaft war, obgleich das in Folge Zulassung des Einspruchs Bl. sofort eingetretene weitere Verfahren über die Sache selbst (s. Bl.) als Fortsetzung der Instanz anzusehen ist. Danach ist die Vorschrift in § 28 des GKG., auf welche Beklagter sein Rechtsmittel mit gestützt hat, hier nicht maßgebend; aber auch die vom Beklagten ferner angerufene Bestimmung in § 26 no. 6 des GKG. schlägt nicht ein, insofern ein Act, welcher ausschließlich den Einspruch betroffen hätte, — da nach Bl. letzterer ohne Weiteres zugelassen und sofort zur Sache selbst verhandelt worden ist, überhaupt nicht stattgefunden hat, noch liquidirt worden ist.

Die hiernach zulässigerweise für das Versäumnißurtheil mit 81 M. angesetzten und aus dem vom Kläger Bl. bestellten Vorschusse lt. Bl. berichtigten Gerichtskosten bilden mithin einen Theil der durch das Versäumniß des Beklagten verursachten, diesem durch das Endurtheil ungetheilt auferlegten Kosten, welche danach von der vorigen Instanz ganz richtig auf zusammen 113 M. 20 Pf. berechnet worden sind. In dieser Höhe hat Beklagter dieselben, neben seinem Antheile an den übrigen allgemeinen Prozeßkosten, welcher auf 158 M. 38 Pf. sich beläuft, zu übertragen, so daß ihm an Kosten im Ganzen 271 M. 58 Pf. zur Last fallen, während die von ihm selbst aufgewendeten Kosten

nur 251 M. 58 Pf. betragen. Ganz mit Recht hat daher die vorige Instanz festgesetzt, daß dem Beklagten obliegt, die Differenz mit 20 M. dem Kläger von den diesem erwachsenen, sehr beträchtlichen Kosten zu erstatten.

34.

Werth des Streitgegenstandes bei Ansetzung und Erstattung der Gebühren nach § 136 der Konkursordnung.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 2. April 1883 no. 62 I. C. 1883.

Die Beschwerde, welche in Sachen der verehel. B. zu L., Klägerin, gegen den Rechtsanwalt B. zu L., als Konkursverwalter in dem zum Vermögen des Kaufmanns L., in Firma: B., daselbst eröffneten Konkursverfahren, Beklagten, von Letzterem gegen den Beschluß der 2. Civilkammer des Landgerichtes zu L. vom 3. März 1883 eingelegt worden ist, war als begründet anzuerkennen. Die Beschwerde richtet sich sowohl dagegen, daß bei Berechnung der in erster Instanz erwachsenen und von den Parteien erhobenen Gerichtsgebühren der Werth des Streitgegenstandes anstatt zwischen 5400 und 6700 M. zu 6996 M. angenommen, als dagegen daß nach Maßgabe dieses Werthes die von dem Beklagten zu erstattenden Gebühren des Rechtsanwaltes der Klägerin Bl. berechnet und von dem Prozeßgerichte festgesetzt worden sind.

In der ersteren Richtung ist daher die Beschwerde als eine nach den Vorschriften in § 4 des GKG., in der letzteren aber als eine sofortige Beschwerde gemäß § 99 Abs. 3 der CPO. zu beurtheilen.

Der eingangsbezeichnete Rechtsstreit hat, nachdem die Klägerin in dem zum Vermögen ihres Ehemannes eröffneten Konkursverfahren unter Anderem den Betrag von 7000 M. als bevorrechtigte Einbringensforderung angemeldet hatte und diese Forderung in dem Prüfungstermine auch in der angemeldeten Höhe festgestellt, das beanspruchte Vorrecht jedoch von dem Beklagten als Konkursverwalter bestritten worden war, die Feststellung jenes von der Klägerin behaupteten gesetzlichen Vorzugsrechtes der im Laufe der Verhandlung auf 6996 M. herabgesetzten Forderung zum Gegenstande gehabt.

Für die Berechnung des Werthes des Streitgegenstandes sind nun nach § 9 des GKG. außer diesem Gesetze nicht nur die Vor-

schriften der CPO. §§ 3—9, sondern auch diejenigen der KO. § 136 maßgebend. In diesem Paragraph wird bestimmt, daß der Werth des Streitgegenstandes eines Prozesses über die Richtigkeit oder das **Vorrecht** einer Forderung mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldmasse von dem Prozeßgerichte nach freiem Ermessen festzusetzen ist. Hiernach soll also bei Rechtsstreitigkeiten der bezeichneten Art nicht das Object der Forderung selbst als Werth des Streitgegenstandes angesehen werden, sondern nur dasjenige, was der Gläubiger für den Fall, daß er in dem Prozesse über die Richtigkeit oder das Vorrecht seiner Forderung obsiegt, aus der Konkursmasse erhält, beziehentlich mehr erhält, als er sonst bekommen würde, — zu vgl. namentlich von Völderndorff, Konkursordnung, 2. Abth. S. 358 flg. zu § 136. — Unter Berücksichtigung dieses Umstandes und der im Thatbestande des Urtheiles erster Instanz (Bl.) ersichtlichen und insoweit übereinstimmenden Angaben der Parteien, daß die Passiven des Kridars ungefähr 150000 M., die Activen dagegen über 60000 M. betragen und die nicht bevorrechtigten Konkursforderungen, die Forderung der Klägerin als solche angenommen, voraussichtlich etwa nach Höhe von 20 Procent Deckung erhalten, die Klägerin demnach in jedem Falle auf ihre Forderung von 6996 M. ca. 1400 M. aus der Masse bekommt und somit ihr Interesse, welches sie im gegenwärtigen Rechtsstreite durch Inanspruchnahme des Vorrechtes verfolgte, lediglich darin bestand, daß sie nach dem vollen Betrage ihrer Forderung Befriedigung erlange, also bei Vertheilung der Masse auch noch mit einem weiteren Betrage von ungefähr 5600 M. participire, so bildet auch nur diese Summe den Werth des Streitgegenstandes und ist letzterer behufs Richtigstellung des Ansatzes der Gerichtsgebühren erster Instanz, entsprechend der in der Berufungsinstanz bereits mit Rücksicht auf die einschlagenden gesetzlichen Bestimmungen und die im Vorstehenden dargelegten Verhältnisse erfolgten Normirung zwischen 5400 und 6700 M. festzusetzen.

35.

Sachliche Zuständigkeit der Gerichte bei Schädenforderungen aus Anlaß eines Vertragsschlusses; § 29 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 4. April 1883 no. 57 I. C. 1883.

Auf die vom Oekonom O. S. in R. gegen den Beschluß des LG.'s Ch. vom 26. Februar 1883 eingewendete Beschwerde entscheidet das Oberlandesgericht wie folgt:

Das von S. gestellte Gesuch, ihm für einen von ihm in seiner Eigenschaft als früherer Pächter des Lehngutes G. wider seinen Verpächter, den Gutsbesitzer und Kaufmann H. in L., behufs Anfechtung einer von Letzterem ausgebracht gewesenen Sequestration des Pachtgrundstückes und wegen Zuwiderhandlungen gegen den Pachtvertrag anzustellenden Rechtsstreit das Armenrecht zu verwilligen, ist vom Landgerichte lediglich um deswillen abgelehnt worden, weil die Schädenforderungen, welche S. gegen H. geltend zu machen beabsichtige, als rein persönliche Ansprüche sich darstellen, welche gegen H. an seinem Wohnorte L. klagbar zu machen sein würden, für welche auch in Ch. keiner der besonderen, in den §§ 27, 31, 32 der CPO. geordneten Gerichtsstände begründet sei, und weil deshalb der Prozeß, wenn er in Ch. anhängig gemacht werden sollte, keine Aussicht auf Erfolg habe.

Das damit geltend gemachte Zuständigkeitsbedenken vermag man nicht als durchschlagend anzuerkennen. Denn wäre auch zuzugeben, daß für Ch. keiner der obgedachten Gerichtsstände, namentlich auch nicht der in § 31 der CPO. bemerkte, angezeigt erscheine, so kommt doch in Betracht, daß der in § 29 der CPO. geordnete besondere Gerichtsstand des Erfüllungsorts, auf welchen der Beschwerdeführer sich ausdrücklich mit bezieht, auch für Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrages gilt, und dies leidet auch Anwendung, wo aus Anlaß eines Vertragsschlusses Geldentschädigung gefordert wird, insofern da, wo ein Vertrag die Grundlage des Schädenanspruchs bildet, als die streitige und klagbar zu machende Verpflichtung nicht die blose Verbindlichkeit zur

Geldersatzleistung, sondern diejenige Vertragspflicht anzusehen ist, für deren Nichterfüllung Ersatz begehrt wird,

vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 3 S. 385 no. 7, und Wengler's Archiv, Jahrgang 1883 S. 150.

Um Ansprüche solcher Art handelt es sich auch hier, da S. ausdrücklich auf Zuwiderhandlungen H.'s gegen den mit demselben geschlossenen Pachtvertrag sich beruft, letzterer aber nicht nur seiner Natur nach in G. zu erfüllen gewesen ist, sondern auch nach der Schlußbemerkung im Berufungsurtheile vom 11. Januar 1882 Anlaß zu weiteren Auseinandersetzungen unter den Betheiligten thatsächlich noch darzubieten scheint.

In Beachtung der Beschwerde wird daher der angefochtene Beschluß aufgehoben und dem Landgerichte Ch. in Gemäßheit § 538 der CPO. übertragen, nunmehr unter Absehen von dem geltend gemachten Zuständigkeitsbedenken auf das Armenrechtsgesuch S.'s in der Sache selbst, — nöthigenfalls nach vorheriger näherer Befragung S.'s durch die Gerichtsschreiberei, — Entschließung zu fassen.

36.

Unzulässigkeit weiterer Beschwerde bei zwei dem Sinne nach gleichen Entscheidungen der Vorinstanzen; § 531 der CPO. — Derjenige, welcher ein Landgut erwirbt behufs möglichst schneller Verwerthung seiner Bestandtheile, gehört nicht zu den „Personen, welche Landwirthschaft betreiben" im Sinne des § 715, 5 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Sen.) vom 4. April 1883 no. 59 I. C. 1883.

In der beim AG. A. anhängigen Arrestsache der verehel. O. in S., Klägerin, wider den Oekonom H. in A. und den Handelsmann M. in G., Beklagte, wird die von Letzteren gegen den Beschluß des LG.'s Cs. vom 3. Februar 1883 rechtzeitig eingewendete anderweite sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen und den Beklagten gemäß § 92 der CPO. und § 45 des GKG. die Tragung der Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels auferlegt.

Denn es ist für die Beklagten in der angefochtenen, auf ihre

frühere sofortige Beschwerde vom LG. Ch. erlassene Entscheidung ein neuer, selbständiger Beschwerdegrund (s. § 531 Abs. 2 der CPO.) nicht enthalten.

Auch das LG. nimmt, wie schon das Amtsgericht, als bewiesen an, daß die Beklagten das Gut Fol. 1 des Grund- und Hypothekenbuchs für S. nicht zum landwirthschaftlichen Betriebe, sondern behufs möglichst rascher Einzelverwerthung seiner Bestandtheile erworben haben und benutzen, beide Instanzen sprechen deshalb auch aus, daß die Beklagten zu den in § 715 no. 5 der CPO. gedachten Personen, „welche Landwirthschaft betreiben", nicht zu rechnen seien und daß daher deren Antrag auf, bez. theilweise Aufhebung der in jenem Gute am 13. November 1882 vollzogenen Pfändung von landwirthschaftlichen Geräthschaften und Erzeugnissen abzulehnen sei. Es ist mithin über denselben Gegenstand von 2 Instanzen im gleichen Sinne entschieden worden und folglich die Beschreitung der dritten Instanz nach § 531 Abs. 2 der CPO. ausgeschlossen,

vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 2 S. 414, Bd. 5 S. 432 a. E. verbunden mit Bd. 1 S. 234.

Hieran wird weder dadurch, daß die vom LG. seiner Entscheidung beigefügten Gründe einigermaßen weiter greifen, als die des AG.'s, noch insbesondere dadurch etwas geändert, daß die in zweiter Instanz von den Beklagten gemachten neuen Angaben vom LG. als unerheblich bezeichnet worden sind; denn die Entscheidung der Sache selbst ist in beiden Instanzen die gleiche,

vgl. dieselben Entscheidungen, Bd. 1 S. 224 flg. und Oberlandesgerichts-Annalen, Bd. 3 S. 147 flg.,

und war daher die Beschwerde nach § 537 der CPO. als unzulässig zu verwerfen.

Im Uebrigen würde dies Rechtsmittel auch sachlich keinen Anspruch auf Beachtung gehabt haben, da die Vorschrift in § 715 no. 5 der CPO. nur dazu bestimmt ist, daß denjenigen Personen, welche Landwirthschaft wirklich betreiben, deren Fortbetrieb ermöglicht, nicht dem Grundstücke als solchem eine Ausnahmestellung verschafft werden soll,

vgl. die gedachten Annalen, Bd. 3 S. 170 flg.

Es ist aber in vorliegendem Falle hinreichend nachgewiesen, daß die Beklagten zu den bezeichneten Personen hinsichtlich des obgedachten Gutes nicht zu zählen sind, da sie dasselbe im Wesentlichen bis jetzt nur zur Einzelverwerthung seiner Bestandtheile und Zubehörungen benutzt und durch Veräußerung und Fortschaffung ganz wesentlicher Theile, namentlich auch des Viehstandes und des Düngers, deutlich zu erkennen gegeben haben, daß sie das Gut nicht zum Landwirthschaftsbetriebe gebrauchen.

Handels- (und Wechsel-) Recht.

6.

Aussonderungsrecht des Verkäufers im Konkurse des Abkäufers; zur Auslegung von § 36 der Konk.-Ord. — Was heißt: „Gewahrsam des Gemeinschuldners" im Sinne dieser gesetzlichen Bestimmung?

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 21. März 1883 no. 196 O. I. 1883.

Klägerin ist die Handelsgesellschaft X., Beklagter ist der Konkursverwalter in dem zum Vermögen der Handelsgesellschaft H. & S. eröffneten Konkurse.

Entscheidungsgründe.

Nach demjenigen, worüber die Parteien in thatsächlicher Hinsicht sich einverstanden erklärt haben, besteht zwischen denselben rücksichtlich des von der Klägerin geltend gemachten Rückforderungsrechts im Wesentlichen nur Streit darüber, ob die Schlußbestimmung in § 36 der Konk.-Ord. einschlage und ob also anzunehmen sei, daß die von der Klägerin an die Firma H. & S. in D. auf deren Bestellung durch die Eisenbahn käuflich übersendeten, noch unbezahlten, auch bereits in D. angekommenen 94 Sack Weizenmehl, auf welche der Rückforderungsanspruch der Klägerin sich richtet, schon vor der am 25. Mai 1882 erfolgten Eröffnung des Konkurses zum Vermögen der genannten Firma in den Gewahrsam der letzteren oder einer anderen Person für dieselbe gelangt seien.

Bei Entscheidung dieser Streitfrage hat das Oberlandesgericht der Auffassung der vorigen Richter sich nicht anzuschließen vermocht. Zwar ist nach der deutlichen Vorschrift in § 36 der KO. nicht zu bestreiten, daß in Fällen vorliegender Art die auf Seiten des Adressaten eingetretene thatsächliche Inhabung der Waaren, — die physische Herrschaft über dieselben, — für die Ausschließung des Rückforderungsrechts des Verkäufers entscheidend sein soll und aus den Motiven zu dieser Gesetzesvorschrift ergiebt sich, daß zu möglichst bestimmter Bezeichnung dessen der Ausdruck „Gewahrsam" absichtlich gewählt worden ist. Dies allein jedoch ist hier nicht durchschlagend, weil nach der übereinstimmenden Sachdarstellung der Parteien feststeht, daß die 94 Sack Mehl in die eigene Verwahrung der Firma H. & S. überhaupt nicht gelangt, sondern auch nach der Ankunft in D. zunächst noch im Gewahrsam der Bahnverwaltung verblieben sind. Vielmehr fragt sich nur, ob ausreichender Anhalt dafür vorliegt, daß die von letzterer unbestrittenermaßen zunächst noch thatsächlich behaltene Inhabung jenes Mehls als ein von der Bahnverwaltung für die Firma H. & S. ausgeübter Gewahrsam anzusehen oder doch zu einem solchen noch vor der Konkurseröffnung geworden ist. In dieser Beziehung ist aber von Bedeutung, daß jene Firma schon am 12. Mai 1882 den Frachtbrief über das qu. Mehl ausgehändigt erhalten und die Fracht an die Bahn bezahlt hatte. Denn hierdurch ward die Bahnverwaltung nach Art. 403 und Art. 402 Abs. 2 des Allgem. D. HGB.'s nicht nur verpflichtet, die ihr von Seiten der Klägerin behufs des Transports zugegangenen Waaren nunmehr an die Firma H. & S. auszuliefern, sondern auch fernerhin nur die Anweisung der letzteren in Bezug auf die Waaren zu beachten, widrigenfalls sie dieser für das Gut verhaftet wurde. Es könnte sich fragen, ob hiernach nicht schon zu sagen wäre, — wie in Bezug auf den verwandten Fall der erfolgten Aushändigung eines Ladescheins an den Adressaten vom Reichsgericht in dessen Entscheidungen in Civilsachen Bd. 5 S. 80 ausgeführt worden ist, — daß von Empfang des Frachtbriefes an die Firma H. & S. das Mehl nunmehr ihrerseits selbst durch die Bahn detinirte. Jedenfalls aber übte die Bahnverwaltung von Uebergabe des Frachtbriefes an, — da ihr auch die Fracht bezahlt und deshalb für sie selbst ein Rückhaltungsrecht

an dem Mehle nicht mehr begründet war, — den ihr an letzterem verbliebenen factischen Gewahrsam nunmehr lediglich noch im Namen der Firma H. & S., also für letztere aus; sie war sowohl zur Aushändigung des Mehls an diese nun verbunden, als auch verpflichtet, fernerhin ausschließlich noch deren Anweisung in Bezug auf das Mehl, bei eigener Haftung für dasselbe, zu beachten; außer der Firma H. & S. existirte sonach keine Person weiter, für welche die Bahnverwaltung nunmehr das Mehl in Gewahrsam hatte und hätte haben können. Hierfür ergiebt sich ein weiterer Anhalt auch noch aus den Aussagen des Zeugen Z., besage welcher bei Getreide- und Mehlsendungen auf der Bahnstation D. die allgemeine Einrichtung bereits damals bestand, daß nach Aushändigung des Frachtbriefes die Sendungen noch 14 Tage lang für den Empfänger auf dessen Gefahr, dafern vorher die Abnahme nicht erfolgte, in Verwahrung behalten wurden. Von dieser Einrichtung und der darin enthaltenen stillschweigenden Offerte der Bahnverwaltung, die Waaren nach Aushändigung des Frachtbriefes noch einige Zeit für den Empfänger zu verwahren, hat die Firma H. & S. durch Belassung der 94 Sack Mehl auf der Bahnstation Gebrauch gemacht, so daß auch hiernach die Bahnverwaltung das Mehl thatsächlich für diese Firma verwahrte. Die vorige Instanz hat zwar darauf Gewicht gelegt, daß nach den Motiven zu § 36 der Konkursordnung das Rückforderungsrecht des Verkäufers selbst dann noch anzuerkennen sei, wenn der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein auf Ordre lautendes Conossement übergeben erhalten habe. Allein dabei ist außer Acht geblieben, daß dies in den Motiven nur unter der Voraussetzung bestimmt ausgesprochen worden ist, daß das Gut noch nicht am contractlichen Ablieferungsorte angekommen ist, während für den hier vorliegenden entgegengesetzten Fall deutlich zu erkennen gegeben wird, daß alsdann eine andere Beurtheilung leicht eintreten könne,

vgl. die Commentare zur Konkursordnung von v. Sarwey, edit. II. not. 8 zu § 36 und von v. Wilmowski, edit. II. Seite 210 flg. zu § 36.

Selbst wenn jedoch in Bezug auf Vorstehendes zu einer der Klägerin günstigeren Auffassung gelangt werden könnte, würde der

Klage doch immer entgegenstehen, daß die 94 Sack Mehl auf Antrag zweier Gläubiger der Firma H. & S. noch vor der Konkurseröffnung, jedoch nach der am 12. Mai 1882 erfolgten Aushändigung des Frachtbriefs an diese Firma, durch den Gerichtsvollzieher auf dem Güterboden der Bahnstation D. am 18. Mai 1882 gepfändet worden sind. Ueber diese Thatsache besteht nach Inhalt des vorigen Thatbestandes Einverständniß der Parteien und da etwas Gegentheiliges nicht behauptet ist, muß davon ausgegangen werden, daß es sich hierbei um eine gesetzmäßige, ohne Widerspruch der Bahnverwaltung vollzogene Pfändung gehandelt, und der Gerichtsvollzieher die 94 Sack Mehl wirklich in Besitz genommen hat, s. § 713 jct. § 712 Abs. 1 der CPO. Hierdurch ist für die gedachten beiden Gläubiger nach § 709 Abs. 1, 2 der CPO. und § 487 des BGB.'s ein Pfandrecht an den 94 Sack Mehl begründet worden, welches ihnen dieselben Rechte, wie ein durch Vertrag und Uebergabe der Sache (s. § 466 des BGB.'s) erworbenes Faustpfandrecht gewährt hat und durch welches sie mithin nach § 475 des BGB.'s unter Anderem auch die Rechte und Pflichten des Verwahrers einer fremden Sache erlangt haben. Hat also auch die Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher im Interesse jener Gläubiger stattgefunden, so sind doch die gepfändeten Sachen nur als der Firma H. & S. gehörige beschlagnahmt und in Besitz genommen worden; lediglich aus dem dieser Firma auf die Sachen zustehenden Rechte haben die 2 Gläubiger und in deren Auftrage der Gerichtsvollzieher die Befugniß zur pfändungsweisen Besitznahme abgeleitet, haben also thatsächlich im Namen der Firma H. & S. und für diese sich in den Besitz der Sachen gesetzt und die Verwahrung der letzteren übernommen (§ 475 des BGB.'s). Dies genügt aber nach § 36 Schlußsatz der Konkursordnung, das Rückforderungsrecht der Klägerin auszuschließen, wie in Bezug auf die Uebergabe solcher unbezahlter und am Bestimmungsorte angekommener Waaren an einen Pfandgläubiger in den Motiven zu § 36 der Konkursordnung ausdrücklich sich anerkannt findet,

vgl. v. Sarwey und v. Wilmowski a. a. O.

Wenn endlich daraus, daß besage des vom Beklagten selbst zu den Acten überreichten Frachtbriefes das qu. Mehl nach „der A-straße" bestimmt gewesen und dort noch nicht abgeliefert sei, die Klägerin

gefolgert wissen will, daß der Transport noch nicht beendet gewesen sei, so steht ihr entgegen, daß nach § 36 der Konkursordnung die Ankunft der Waare „am Orte der Ablieferung" maßgebend ist, in D. aber, als dem Orte der Ablieferung, war das Mehl schon am 11. Mai 1882 angenommen. Aus der Aussage des Zeugen Z. ergiebt sich überdem, — was ohnehin bekanntlich die Regel bildet, — daß die Empfänger von Waaren, welche mit der Eisenbahn von auswärts anlangen, dieselben von der Bahnstation „abzunehmen," nicht deren Ablieferung in ihre Wohnung oder Niederlagsräume zu beanspruchen haben. Es würden auch die Schlußworte von § 36 der Konkursordnung nicht so, wie sie wirklich lauten, haben gefaßt werden können, wenn unter dem Ausdrucke „Ort der Ablieferung" die Wohnung oder die Niederlagsräume des Empfängers hätten verstanden werden sollen, weil solchenfalls schon mit der Ankunft an diesen Plätzen, mindestens in den allermeisten Fällen, der Gewahrsam des Empfängers von selbst eingetreten sein würde und daher die besondere Hervorhebung dieses letzteren Erfordernisses in § 36 Schlußsatz der Konkursordnung entweder gar nicht nöthig gewesen sein würde, oder doch anders als geschehen, haben ausgedrückt werden müssen.

In Beachtung der Berufung war sonach die Klägerin mit ihrer Klage abzuweisen 2c.

Civilrecht.

19.

Vertrag zu Gunsten eines Dritten; Auftrag; auftragslose Geschäftsführung; Anweisung; Haftung wegen „Entwendung"; §§ 853, 1310, 1318, 1328, 1499 des BGB.'s; unterscheidende Merkmale für Klagen aus diesen sämmtlichen Rechtsverhältnissen.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 25. Mai 1882 no. 74 O. I. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Kläger und Berufungskläger, welchem bekannt war, daß der

Beklagte und Berufungsbeklagte sich mit Geldgeschäften befasse und der Vertreter der verw. K. in D. sei, hat den Letzteren um Vermittelung eines Darlehns von 3000 Mark bei der verw. K. ersucht. Der Berufungsbeklagte hat, nachdem sich auf seine Anfrage die verw. K. bereit erklärt hatte, dem Berufungskläger das Geld zu leihen, am 17. Juli 1875 in deren Auftrag dem Letzteren gegen Ausstellung einer Quittung 1500 Mark ausgezahlt. Am 3. October 1875 hat der Berufungskläger das Original der in Abschrift bei den Landgerichtsacten befindlichen Schuld- und Pfandverschreibung über 3000 Mark nebst Zinsen zu 5 vom Hundert Darlehn der verw. K. unterschrieben und bei dieser Gelegenheit hat der Berufungsbeklagte ihm zugesagt, daß er nach Eintragung der Hypothek den Rest des Darlehns erhalten werde. Am 19. October 1875 ist auf Grund der Urkunde die darin angelobte Hypothek eingetragen worden.

Ueber diese Thatsachen sind die Parteien einverstanden.

Der Berufungskläger behauptet, daß er die restirenden 1500 Mark nicht erhalten habe und hat gegen den Berufungsbeklagten auf Zahlung dieser Summe mit Zinsen zu 5 vom Hundert auf die Zeit vom 1. Januar 1876 an Klage erhoben. Er will nach dem Eintrag der 3000 Mark sammt Anhang auf seinem Grundstück von dem Berufungsbeklagten unter Vorlegung einer ihm von dem Hypothekenbuchführer über den Eintrag ausgestellten Bescheinigung Auszahlung der 1500 Mark verlangt, aber von demselben die Antwort erhalten haben, er habe nichts mehr zu fordern. Auch als er später den Berufungsbeklagten wiederholt zur Zahlung der rückständigen 1500 Mark aufgefordert habe, soll derselbe ihm stets erwiedert haben, daß er dieselben schon weg habe. Der Berufungsbeklagte habe aber von der verw. K. 3000 Mark in ungetrennter Summe für seine, des Berufungsklägers, Rechnung mit dem ausdrücklichen Auftrag, sie ihm einzuhändigen, ausgezahlt erhalten. Er hat vor der ersten Instanz erklärt, daß der Berufungsbeklagte von ihm einen weitergehenden Auftrag, als den zu Vermittelung eines Darlehns bei der verw. K. nicht erhalten habe und daß er nicht behaupten wolle, Berufungsbeklagter habe die restirenden 1500 Mark noch in Händen; wahrscheinlich werde derselbe dieses Geld zu etwas Anderem verwendet haben.

Der Berufungsbeklagte hat hiergegen angeführt, er habe zwar von der verw. K. die von dem Berufungskläger verlangten 1500 Mark mit dem Auftrag, sie demselben auszuhändigen, empfangen, er habe sie aber auch dem Berufungskläger einen Tag oder einige Tage nach dem 19. October 1875 entweder in dessen Wohnung in Potschappel oder in seiner Wohnung in Dresden ausgehändigt.

In dem angefochtenen Urtheile ist die Klage abgewiesen worden. Die hiergegen eingewendete Berufung wurde aus folgenden Gründen vom Oberlandesgericht zurückgewiesen:

Entscheidungsgründe.

Zuvörderst erscheint die Ansicht der vorigen Instanz begründet, daß die Bestimmung in § 853 des BGB.'s auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Nach dieser Vorschrift liegt ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten dann vor, wenn jemand dem Anderen, mit welchem er den Vertrag schließt, eine Leistung an einen bei dem Vertragsabschluß nicht concurrirenden Dritten in der Absicht verspricht, sowohl dem Promissar, als auch dem Dritten deshalb verpflichtet zu sein. Es muß also der Wille beider Contrahenten darin übereinstimmen, daß durch den Vertrag der Dritte ein directes Forderungsrecht auf die den Gegenstand des Vertrages bildende Leistung gegen den Versprechenden dergestalt erwerben solle, daß dasselbe, wie § 854 besagt, durch den Beitritt des Dritten der Einwirkung des Promissars entzogen wird. Diese Voraussetzung ist, wie bereits in dem Eingange der Gründe des angefochtenen Urtheils auseinandergesetzt worden ist, in dem vorliegenden Falle nicht vorhanden. Durch die mit dem Auftrage zur Auszahlung des Geldes an den Berufungskläger verbundene Aushändigung einer Summe von 3000 Mark an den Berufungsbeklagten ist lediglich der Wille der verw. K. zum Ausdruck gelangt, den Berufungsbeklagten durch einen Auftrag sich zu verpflichten, daß er das Geld in ihrem Namen dem Berufungskläger als Darlehn übergebe; andrerseits läßt die Annahme des Geldes Seiten des Berufungsbeklagten mit Sicherheit nur darauf schließen, daß er den Auftrag der verw. K. habe erfüllen und dieser sich hierzu habe verpflichten wollen. Nun wird allerdings von Windscheid (vgl. dessen Lehrbuch, Thl. II. § 316 bei nota 7a 5. Auf-

lage) der Fall, wenn jemandem etwas mit dem Auftrage übergeben wird, es einem Dritten zu überbringen, unter Bezugnahme auf l. 6 § 2 D. de neg. gest. 3, 5 unter denjenigen Fällen aufgeführt, in welchen nach Römischem Rechte ausnahmsweise für einen Dritten, welchem nach Inhalt eines Vertrags geleistet werden soll, direct ein Forderungsrecht entsteht. In der beigefügten Anmerkung (nota 7a) ist jedoch hierzu bemerkt, daß hierbei der Gesichtspunkt der negotiorum gestio verwerthet sei, daß die Verpflichtung zur Herausgabe an den Dritten nicht auf das dem Uebergebenden geleistete Versprechen, sondern auf die Thatsache des Ansichnehmens in der Absicht der Herausgabe gegründet werde, daß daher der bezeichnete Fall eigentlich nicht zu jenen Ausnahmefällen gehöre. Es findet denn auch derselbe sich in der Lehre von der negotiorum gestio behandelt (vgl. Windscheid, Lehrbuch, § 431 unter 2). Hiernach würde es unstatthaft sein, jene Vorschrift des Römischen Rechts zu Auslegung der im BGB. neu und selbständig gebildeten Bestimmungen über die Verträge zu Gunsten Dritter zu benutzen. Die Vorschrift in § 853 setzt unverkennbar einen einzigen Vertrag voraus, welcher die Verpflichtung des Promittenten zur Herausgabe der Sache an den Dritten sowohl im Verhältnisse zu dem Promissar, als im Verhältnisse zu dem Dritten erzeugt, dagegen bestehen nach der obigen gemeinrechtlichen Auffassung für die Verpflichtung zur Herausgabe der Sache an den Dritten im Verhältniß zu dem Promissar und zu dem Dritten zwei verschiedene rechtserzeugende Vorgänge, nämlich einmal das dem Uebergebenden geleistete Versprechen und dann die Thatsache des Ansichnehmens in der Absicht der Herausgabe; das Forderungsrecht des Dritten wird nicht auf jenes Versprechen, sondern auf die letztere Thatsache gegründet. Die Annahme aber, der Berufungsbeklagte habe dadurch, daß er das Geld zum Zweck der Herausgabe an den Berufungskläger von der verw. K. angenommen habe, einer auftragslosen Geschäftsführung für den Letzteren sich unterzogen, wird durch die Gestaltung des vorliegenden Falles nicht gerechtfertigt. Es mag zugegeben werden, daß die zum Zweck der Einhändigung an den Berufungskläger als Darlehn erfolgende Annahme des Geldes aus der Hand der verw. K. objectiv geeignet ist, als ein Geschäft des Berufungsklägers angesehen zu werden. Allein ebenso

gewiß läßt der Umstand, daß der Berufungsbeklagte das Geld von der K. mit dem Auftrage derselben, es an den Berufungskläger zu dem gedachten Zwecke auszuzahlen, in Empfang nahm, diesen Vorgang und die künftige Uebergabe des Geldes an den Berufungskläger als ein Geschäft der verw. K. erscheinen, da hierdurch der Erwerb der Darlehnsklage für die Letztere (§ 1067 des BGB.'s), beziehentlich die Erfüllung eines vorausgegangenen Vertrags von dem § 1068 angegebenen Inhalte vermittelt werden sollte und das Interesse der K. an der Uebergabe des Geldes an den Berufungskläger durch die Ertheilung des darauf gerichteten Auftrags noch besonderen Ausdruck gefunden hat. Unter solchen Umständen erscheint für die Beurtheilung des Falles ausschlaggebend die Willensrichtung des Berufungsbeklagten (vgl. auch Windscheid, Lehrbuch, § 431 unter 2). In Hinblick darauf, daß der Berufungsbeklagte, wie bemerkt, das Geld von der K mit dem Auftrag, es dem Berufungskläger zu übergeben, empfing und annahm, kann in der Annahme des Geldes füglich nur die Bethätigung des Willens desselben gefunden werden, den Auftrag der K. zu übernehmen und dieser zu dessen Erfüllung sich zu verpflichten. Dafür, daß er bei der Annahme des Geldes gleichzeitig als Vertreter des Berufungsklägers, um ein Geschäft desselben zu führen, habe thätig sein wollen, bietet der Vorgang keinen Anhalt. Hierzu läßt sich auch dann nicht gelangen, wenn man den Umstand zu Hülfe nimmt, daß der Berufungsbeklagte früher von dem Berufungskläger um Vermittelung des Darlehns von 3000 M. ersucht worden war und hierzu sich gegen denselben bereit erklärt hatte. Denn dieses Verhältniß hatte sich erledigt, nachdem die verw. K. auf die Anfrage des Berufungsbeklagten sich hatte bereit finden lassen, dem Berufungskläger das Darlehn von 3000 M. zu gewähren. Nach dem Allen erweist sich die Ansicht des Berufungsklägers, daß die Klage als die directe Klage aus auftragsloser Geschäftsführung aufgefaßt werden könne, nicht stichhaltig. Dasselbe gilt von der Meinung, daß die Klage sich nach § 1310' aufrecht erhalten lasse. Ein Auftrag zur Empfangnahme des Darlehnsbetrags, so daß der Darlehnsvertrag zwischen der K. und dem Berufungskläger schon mit der Uebergabe des Geldes an den Berufungsbeklagten vollendet worden wäre, ist von dem Be-

rufungskläger nach seinem Vorbringen nicht ertheilt worden, vielmehr ist der von ihm dem Berufungsbeklagten ertheilte Auftrag nur auf Vermittelung eines Darlehns von 3000 M. gegangen; die Beziehung eines solchen Auftrags auf die Erhebung des Geldes bei der Darlehnsgeberin erscheint schon nach dem Wortlaute desselben und in Rücksicht auf die Vorschrift in § 1306 des BGB.'s nicht statthaft. Ferner steht der Bezugnahme des Berufungsklägers auf die Bestimmung in § 1318 des BGB.'s die Erwägung entgegen, daß die Anwendung derselben sich auf den — nach dem Bemerkten hier nicht vorliegenden — Fall beschränkt, wenn der Beauftragte das Geschäft, aus welchem der Dritte einen Anspruch ableitet, mit dem Letzteren im Namen des Auftraggebers abgeschlossen hat. Außerdem hat der Berufungskläger nicht zu behaupten vermocht, der Berufungsbeklagte habe die streitigen 1500 M. oder andere Geldmittel der verw. K. noch in Händen; in dieser Beziehung kann aber eine Vermuthung dafür, daß dies der Fall sei, aus der früher erfolgten Einhändigung dieses Betrages an den Berufungsbeklagten bis zum Beweise des Gegentheils nicht abgeleitet werden, da es sich hierbei um einen factischen Zustand handelt, dessen Existenz zu einem bestimmten Zeitpunkt, wenn davon ein Recht abhängig ist, von der dieses Recht behauptenden Partei bewiesen werden muß (vgl. auch Annalen des vormal. Königl. Oberappellationsgerichts, N. F. Bd. IV. S. 112).

Auf die Bestimmungen in § 1328 und 1499 hat der Berufungskläger selbst nicht zurückkommen zu wollen erklärt. Es genügt daher die Bemerkung, daß dieselben in der That nicht anwendbar erscheinen*) und der Hinweis auf die einschlagenden Gründe der vorigen Instanz mit dem Zusatze, daß für die Anwendung der letzt-

*) Entscheidend ist hier schon der Wortlaut der Paragraphen.

§ 1328. „Anweisung, Assignation, ist der Auftrag, daß ein Anderer, der Angewiesene, einem Dritten, dem Anweisungsempfänger, Geld oder andere Sachen leihen soll. Nimmt der Angewiesene dem Anweisungsempfänger gegenüber die Anweisung an, so entsteht eine Forderung des Letzteren gegen den Ersteren auf Leistung des Gegenstandes der Anweisung."

§ 1499. „Wer sich durch Diebstahl, Veruntreuung oder Unterschlagung einer beweglichen Sache anmaßt, ist einem Jeden, welcher dadurch Schaden erleidet, zum Schadenersatze nach § 687, 739 verpflichtet." D. R.

gedachten Vorschrift schon insofern jeder thatsächliche Anhalt fehlt, als der Berufungskläger nur angeführt hat, daß der Berufungsbeklagte die ihm von der verw. K. übergebenen 3000 M. in Höhe von 1500 M. zu etwas Anderem verwendet habe, hiermit aber nicht eine der in § 1499 des BGB.'s erwähnten, auf rechtswidrigen eignen Vortheil abzielenden Handlungen behauptet ist.

Aus diesen Gründen 2c.

20.

Mäklerlohn versprochen von dem einen der Contrahenten für die **Vermittelung** des Geschäfts nur dann verdient, wenn der Mäkler in den Vertragsabschluß fördernder Weise auf den Entschluß des **andern** Contrahenten eingewirkt hat.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 5. Octbr. 1882 no. 114 O. I. 1882.

Entscheidungsgründe.

Wie bereits von der vorigen Instanz hervorgehoben worden ist, fehlt es an einer ausdrücklichen vertragsmäßigen Festsetzung, für welche Thätigkeit die Mäklergebühr von einem Prozent des Kaufpreises von Beklagtem der Klägerin hat gewährt werden sollen, ob allein schon für die Nachweisung des nachherigen Käufers der Brauerei oder für die Vermittelung des Kaufs über dieselbe. Weder der Beklagte hat in dem Briefe vom 3. December 1881 sich darüber ausgesprochen, für welchen Fall er die Mäklergebühr geben wolle, noch auch hat die Klägerin in dem vorausgegangenen Briefe vom 1. December 1881 bei der Anfrage, welche Provision der Beklagte ihr nach Kaufsabschluß vergüten wolle, ausdrücklich die Thätigkeit bezeichnet, für welche sie eine Provision von dem Beklagten erwarte. Es spricht jedoch auch nach der Ansicht des Berufungsgerichts der sonstige Inhalt beider Briefe dafür, daß beide Theile der Meinung gewesen sind, das Mäklerlohn solle das Entgeld für eine den Verkauf der Brauerei fördernde weitergehende Thätigkeit der Klägerin bilden, als die blose Nachweisung eines Käufers. Die hierauf gerichtete Willensmeinung der Klägerin läßt sich aus dem Umstand

folgern, daß sie in ihrem Brief den Beklagten um nähere Auskunft sowohl über den Kaufpreis, als auch über den Umsatz der Brauerei, die Höhe der Anzahlung und über die Hypotheken des Grundstücks ersucht hat, was darauf schließen läßt und auch dem Beklagten Anlaß zu der Meinung geben mußte, daß die Klägerin mit dem Käufer, den sie an der Hand hatte, selbst wegen des Ankaufs der Brauerei sich besprechen und ihn von den gedachten Verhältnissen unterrichten werde. Der Beklagte hat in seinem Antwortschreiben nicht blos die gewünschte Auskunft ertheilt, sondern auch jener Meinung dadurch Ausdruck gegeben, daß er die Klägerin gebeten hat, über seine Absicht, die Brauerei zu verkaufen, Stillschweigen zu beobachten, wenn der Käufer sich zu dem Ankauf der Brauerei *nicht entschließen* könnte. Klägerin hat nun zwar in dem darauf folgenden Briefe vom 5. December 1881 sich nicht darauf beschränkt, den Kauflustigen, welchen sie an der Hand hatte, dem Beklagten namhaft zu machen, sondern ihm zugleich mitgetheilt, daß K. eine Anzahlung von 6000 Thaler leisten und außerdem ein ihm gehöriges Grundstück, welches sie ungefähr beschrieben, auf den Kaufpreis um 10000 Thaler darauf geben wolle. Auch hat sie dem Beklagten, nachdem derselbe in dem Brief vom 6. December 1881 seine Geneigtheit, auf K.'s Verlangen einzugehen, zu erkennen gegeben, in dem Briefe vom 7. December 1881 weiter noch Rathschläge in Bezug auf das Zusammentreffen mit K. gegeben und den Beistand des Mitklägers R. bei der Besichtigung des K.'schen Grundstücks in Aussicht gestellt. Allein wollte man auch diese Handlungsweise der Klägerin einer weitergehenden, für das Zustandekommen des Vertrags *vermittelnden* Thätigkeit gleichachten, so ist dieselbe doch lediglich darauf gerichtet gewesen, auf den *Beklagten* einzuwirken, daß dieser zu dem Abschlusse des Geschäfts sich herbeilasse. Dagegen giebt die Klage darüber keine Auskunft, daß die Klägerin auch *auf* K. eingewirkt habe, um diesen zum Ankauf der Brauerei des Beklagten zu bestimmen: ausweislich des vorigen Thatbestandes ist von der Klägerin nur angeführt worden, daß sie K.'n von der Verkäuflichkeit der Brauerei des Beklagten *Mittheilung* gemacht habe. Dieser Mangel ist deshalb von Bedeutung, weil zur Erfüllung des von ihr mit dem Beklagten abgeschlossenen Mäklervertrags, welcher

nach Obigem die Vermittelung des Verkaufs der Brauerei betraf, nöthig war, daß sie in einer dem Abschluß eines solchen Vertrags förderlichen Weise auf die Entschließung K.'s einwirkte und einer solchen Thätigkeit die einfache Anzeige, daß die Brauerei des Beklagten verkäuflich sei, nicht gleichgestellt werden kann. Der gedachte Mangel wiegt aber um so schwerer, als aus dem von der Klägerin vorgetragenen Urtheile des Amtsgerichts zu Z., dessen Inhalt die Klägerin jedenfalls insoweit, als es sich um in jenem Rechtsstreite erwiesene, von ihr zur Begründung ihres Anspruchs gegen K. vorgebrachte Thatsachen handelt, gegen sich gelten lassen muß, hervorgeht, daß die Klägerin von K. nicht blos, wie sie in dem vorliegenden Rechtsstreite in erster Instanz behauptet hatte, zum Nachweise einer verkäuflichen Brauerei, sondern zur Vermittelung der Erwerbung einer solchen und zugleich des Verkaufs oder der Vertauschung seiner Villa gegen ein Mäklerlohn von einem Prozent des Kaufpreises der letzteren beauftragt gewesen ist. Klägerin kann hiernach zur Begründung des Anspruchs gegen den Beklagten auf die oben angegebene Thätigkeit, welche sie diesem gegenüber in den an ihn gerichteten Briefen entwickelt hat, schon deshalb mit Erfolg sich nicht beziehen, weil diese Thätigkeit ihrer äußern Erscheinung nach zunächst nur als Erfüllung des ihr von K. ertheilten Auftrags, den sie ausweislich des vorigen Thatbestands schon vor dem 1. December 1881 erhalten hatte, angesehen werden kann.

21.

„Thätliches Vergreifen" als Grund zur Enterbung eines Abkömmlings. Stillschweigende Verzeihung seiten des verletzten Ascendenten liegt an sich noch nicht in der Zurücknahme des gestellten Strafantrags; §§ 2576, 2598, des BGB.'s.

Urtheil des OLG.'s (II. Sen.) vom 13. October 1882 no. 48 O. II. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist zu bemerken:

Anna Marie Z. klagt gegen ihren Sohn Karl Richard Z. auf Anerkennung des ehemännlichen bez. väterlichen Testaments und auf Erklärung der Einwilligung in ihren, der Klägerin, Eintrag als

Eigenthümerin des Nachlaßgrundstücks. Sie bezieht sich darauf, daß im gedachten Testamente der Beklagte enterbt sei, weil er sich an seinem Vater, dem Testator, thätlich vergriffen habe und daß sie als Erbin eingesetzt sei. — Beklagter hat das thätliche Vergreifen geläugnet und eventuell vorgeschützt: der Testator habe ihm stillschweigend verziehen, indem er den wider ihn, Beklagten, gestellten Strafantrag zurückgenommen habe; es sei mithin vom Erstern auf das Recht ihn, den Beklagten, zu enterben, verzichtet worden. — Nach erfolgter Beweisaufnahme hat die erste Instanz den Beklagten verurtheilt. Die hiergegen ergriffene Berufung wurde vom OLG. aus nachstehenden Gründen zurückgewiesen. — Das im Prozesse in Betracht gelangte weitere Sach- und Streitverhältniß interessirt hier nicht.

Gründe.

Nach den aus dem Actenhefte des vormaligen Gerichtsamtes A. Nr. 542/IV vorgetragenen Protocollen vom 14. und 15. Mai 1873 Bl. flg. und Bl. hat der Vater des Beklagten, Carl Georg Z. den unter Stellung von Strafantrag wider den Beklagten zur Anzeige gebrachten Vorgang vom 3. desselben Monats in folgender Weise dargestellt: Bei einem Streite, der sich in der Familie wegen des Eigenthums an einem Stück Leinwand entsponnen und zunächst zu einem thätlichen Vorgehen Gustav Theodor Z.'s, des Bruders des Beklagten, gegen seine Schwester und nachher auch gegen die Klägerin geführt habe, sei, als er, der Vater, die Klägerin hinwegreißen wollen, der Beklagte aus der Werkstatt herbeigekommen und habe ihn, den Vater, mit den Worten: „was willst denn Du?" angepackt und an die Wand gedrückt, so daß er sich nicht habe rühren können und den Druck in den Armen noch mehrere Tage lang gefühlt habe.

Diese mit Bestimmtheit erstattete Anzeige wird durch das in der gegenwärtigen Rechtssache von der ledigen Anna Auguste Z., der Tochter der Klägerin und der Schwester des Beklagten, eidlich abgelegte Zeugniß bestätigt, indem dieselbe versichert, daß, als im Mai 1873 ihre Brüder sich an ihr vergreifen wollen und ihre Mutter und nach dieser auch ihr Vater herbeigekommen seien, der Beklagte, gegen

den Vater sich gewendet, denselben abgeschüttelt und gegen die Wand gedrückt habe."

Auch dem Oberlandesgerichte ist kein Zweifel darüber beigegangen, daß die nach diesen übereinstimmenden, beziehentlich beeideten Angaben als bewiesen anzusehende Handlungsweise des Beklagten als ein „thätliches Vergreifen" aufzufassen sei, welches zufolge der Bestimmung in § 2576 des BGB.'s (vgl. hierzu Siebenhaar's Commentar, 2. Auflage Bd. III. S. 436) den älteren Z. zur Enterbung des Beklagten berechtigte. Als thätliche Beleidigung kennzeichnet sich die Handlung schon dadurch, daß der Letztere ohne alle Berechtigung angriffsweise und mit Hintansetzung der seinem Vater schuldigen Achtung vorging.

Anlangend die Einrede der Verzeihung und des in Gemäßheit der Bestimmung in § 2598 des BGB.'s hieraus hergeleiteten Verzichtes des älteren Z. auf sein Recht, den Beklagten wegen der erwähnten Handlung zu enterben, so hat der Beklagte solche Momente, aus welchen ein stillschweigend zu erkennen gegebener Verzeihungswille zu entnehmen wäre, nicht beizubringen vermocht. Die zufolge des Protocolles vom 16. Mai 1873 (Bl. des Actenheftes) Seiten des älteren Z. erklärte Rücknahme des gegen den Beklagten gestellten Strafantrages genügt für sich allein nicht zum Beweise der stattgefundenen Verzeihung. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält rücksichtlich der Enterbung eines Abkömmlings wegen thätlichen Vergreifens an einem Ascendenten nicht, wie Solches bezüglich der Scheidung wegen Ehebruches in § 1720 bestimmt ist, die Vorschrift, daß die Rücknahme des Strafantrages als stillschweigende Verzeihung gelte. Dasselbe macht auch in § 2576 (vgl. Siebenhaar's Commentar a. a. O.) keinen Unterschied, ob der pflichttheilsberechtigte Abkömmling wegen der gegen den Ascendenten verübten Thätlichkeit bestraft oder wenigstens zur Untersuchung gezogen worden ist oder nicht. An sich ist aber recht wohl denkbar, daß die Zurücknahme eines von dem Ascendenten gegen den Abkömmling gestellten Strafantrags ohne den Willen völliger Verzeihung nur in der Absicht erfolgt, dem Abkömmling die gerichtliche Bestrafung zu ersparen. Auch auf die Fassung des Protocolls vom 16. Mai 1873:

„Heute haben sich die Parteien dahin geeinigt:

„Der Vater Georg Z. sowohl als auch 2c. nehmen den gegen Richard und Gustav Z. gestellten Strafantrag zurück,"

ist ein hauptsächliches Gewicht nicht zu legen, da die hier fragliche Einigung zunächst nur auf das die Einstellung des strafgerichtlichen Verfahrens bezweckende Abkommen bezogen werden kann. Es ist auch von der Zeugin Z. Bl. der Oberlandesgerichtsacten versichert worden, ihr Vater habe den Strafantrag bloß deshalb zurückgezogen, weil es ihm zu schrecklich gewesen sei, mit seinen Kindern sich auf dem Gerichte herumzutreiben. Hierzu kommt, daß die in dem Testamente vom 31. März 1876 von dem Vater des Beklagten verfügte Enterbung wegen des im Frühjahre 1873 geschehenen thätlichen Vergreifens darauf hinweist, daß ihm bei der am 16. Mai 1873 erklärten Rücknahme des Strafantrags die Absicht, außer der Verschonung des Beklagten mit Strafe ihm auch seine Verzeihung angedeihen zu lassen, fern gelegen hat.

Präjudizien.

Strafprozeßrecht.

18.

Auftragsertheilung wegen rechtlicher Verhinderung des zuständigen Gerichts an Ausübung des Richteramtes. (§ 15 verb. mit § 22 Ziff. 1 der StPO.)

Verordnung des OLG.'s vom 29. November 1882 no. 524 V. A.

Dem Königl. Sächsischen Oberlandesgericht hat das Landgericht Dr., Strafkammer I., unter dem 23/27. jetzigen Monats vor Entscheidung über die von der Staatsanwaltschaft Bl. beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens gegen N. unter der Anzeige, daß die genannte Strafkammer sich an Ausübung des Richteramtes in dieser Strafsache nach § 22 Ziff. 1 der StPO. um deswillen behindert finde, weil die in der Anklageschrift Bl. dem Beschuldigten beigemessenen beleidigenden Aeußerungen gegen das genannte Landgericht selbst gerichtet seien, anheim gegeben, in Gemäßheit des § 15 der StPO. wegen Auftragsertheilung Entschließung zu fassen. Zu einer solchen Maßregel wird jedoch kein Anlaß gefunden, da der erwähnte Ausschließungsgrund von der Ausübung des Richteramtes gegen die genannte oder irgend eine andere Strafkammer des Landgerichts Dr. nicht vorliegt. Nach § 22 Ziff. 1 der StPO. ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er selbst durch die strafbare Handlung verletzt ist. Wie aus den Worten: „er selbst" hervorgeht, beruht die angezogene Vorschrift auf der Voraussetzung, daß die strafbare Handlung auf die Person des zu deren Untersuchung und Aburtheilung berufenen Richters eine unmittelbare Beziehung habe, woran es jedoch im vorliegenden Falle gebricht. Denn

die nach Bl. — unter Anklage gestellten Aeußerungen richten sich lediglich gegen die Thätigkeit einer einzelnen Civilkammer des Landgerichts Dr. und ihres Directors in einem den Angeschuldigten betreffenden Civilprozesse. Dagegen wird die Berufsthätigkeit der Strafkammern des Landgerichts Dr. von jenen Aeußerungen überhaupt nicht betroffen, und können daher durch die in denselben liegende Beleidigung die Mitglieder der Strafkammern nicht als verletzt angesehen werden, wie sich auch daran zeigt, daß kein Mitglied einer Strafkammer des Landgerichts für berechtigt zu achten sein würde, der erwähnten Aeußerungen halber nach § 196 des StGB.'s als unmittelbar Betheiligter Strafantrag zu stellen. Unter solchen Umständen trägt das Oberlandesgericht Bedenken, die Untersuchung und Entscheidung der vorliegenden Strafsache einem anderen Landgericht seines Bezirks zu übertragen.

19.

Zulässigkeit der Beschwerde gegen Verfügungen des Vorsitzenden in der Berufungsinstanz. (§§ 346, 347 der StPO. verbunden mit § 123 Ziff. 5 des GVG.'s.)

Beschluß des OLG.'s vom 21. Februar 1883 zu no. 77 V. A.

Da die Zulässigkeit der in Privatklagesachen S. gegen P. gegen den Bl. der Acten ersichtlichen, Beweisanträge des Angeklagten im Stadium der Vorbereitung der Hauptverhandlung ablehnenden Beschluß des Vorsitzenden in der Berufungsinstanz Bl. von dem Angeklagten erhobenen Beschwerde in den Vorschriften des § 346 der StPO. verbunden mit der Erwägung ihre Rechtfertigung findet, daß die Ausnahmebestimmung des § 347 nur auf die im Laufe der Hauptverhandlung selbst ergehenden Entscheidungen des zu deren Abhaltung zusammengetretenen erkennenden Gerichts sich bezieht, vgl.

Annalen des Königl. Sächs. OLG.'s II. Bd. S. 297 flg.,

auch daraus, daß in § 123 unter Ziff. 5 des GVG.'s die Oberlandesgerichte zur Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde gegen Entscheidungen der Strafkammern in der Berufungsinstanz für zuständig erklärt werden, nicht gefolgert werden kann, daß Verfügungen des Vorsitzenden in der Berufungsinstanz von der Anfechtbarkeit mittels Beschwerde auszunehmen, und solche auf Verfügungen des Vorsitzenden in erster Instanz zu beschränken sei, indem nach dem

Systeme der StPO. gegen alle von den Gerichten in erster Instanz oder in der Berufungsinstanz erlassenen Beschlüsse, insoweit das Gesetz dieselben nicht ausdrücklich einer Anfechtung entzieht, abgesehen von den in § 352 der StPO. behandelten Fällen der weiteren Beschwerde, mindestens eine Beschwerdeinstanz eröffnet wird, welche, insoweit sie nicht nach § 72 des GVG.'s bei den Strafkammern der Landgerichte begründet, nach § 123 Ziff. 5 des nämlichen Gesetzes den Oberlandesgerichten zugewiesen ist, und der organische Zusammenhang zwischen der StPO. und dem GVG. zu der Annahme nöthigt, daß unter den in § 123 bei Ziff. 5 des letzteren Gesetzes erwähnten Entscheidungen der Strafkammern in der Berufungsinstanz Collegialbeschlüsse und einseitige Verfügungen des Vorsitzenden der Strafkammer in der Berufungsinstanz haben zusammengefaßt werden sollen, vgl. auch die Commentare zum GVG. von

Thilo, Bem. 9 zu § 123 S. 175,
Keller, Bem. 11 zu § 123 S. 162,
so u. s. w.

20.

Unzulässigkeit der Voruntersuchung in dem Verfahren bei Einziehungen und Vermögensbeschlagnahmen. (§ 477 flg. der StPO., § 21 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken rc. vom 11. Juni 1870.)

Beschluß des OLG.'s vom 26. April 1882 zu no. 195 V. A.

Daß die von Bruno Gustav K. und Friedrich Julius K. gegen den Bl. enthaltenen Beschluß der Strafkammer des Landgerichts L., soweit dadurch die von den Genannten Bl. beantragte Voruntersuchung abgelehnt worden, Bl. eingelegte sofortige Beschwerde, da ganz abgesehen davon, daß eine ausreichende Veranlassung zu Anordnung einer förmlichen Voruntersuchung bei dem bereits völlig klar gestellten Sachverhalte nicht geboten sein würde, in Fällen der vorliegenden Art,*) deren prozessuale Behandlung nach den besonderen,

*) Anmerkung. Der Beschluß auf Eröffnung des Hauptverfahrens bezweckte nur Herbeiführung einer Entscheidung über Einziehung und Vernichtung der in Beschlag genommenen Nachdrucksexemplare und der zu ihrer widerrechtlichen Vervielfältigung ausschließlich bestimmten Vorrichtungen

über das Verfahren bei Einziehungen und Vermögensbeschlagnahmen ertheilten Vorschriften in § 477 flg. der StPO. sich regelt, die allgemeinen Bestimmungen über die Voruntersuchung, deren Anwendung (vgl. namentlich § 176 Abs. 2 unter no. 2) nothwendig das Vorhandensein eines für seine Person strafrechtlich verfolgten — gegenwärtigen Falles nach Bl. gänzlich zu vermissenden — Beschuldigten voraussetzt, überhaupt nicht Platz ergreifen können und insofern die in § 478 Abs. 3 der StPO. denjenigen Personen, welche einen Anspruch auf den Gegenstand der Einziehung, Vernichtung oder Unbrauchbarmachung haben, gestattete Ausübung der einem Angeklagten zustehenden Befugnisse durch die Natur jenes Verfahrens beschränkt wird, als unbegründet, beziehentlich unzulässig zu verwerfen.

Verwaltungsstrafsachen.

12.

Chausseegeldhinterziehung. Irrthum über Befreiungsgrund. (§ 59 des StGB.)

Urtheil des OLG.'s vom 12. Juli 1882 no. 55 V. B.

Die in der Berufungsinstanz bestätigte Freisprechung des Angeklagten von der ihm beigemessenen Hinterziehung der Chausseeabgabe beruht auf der Anwendung des § 59 des StGB.'s, indem die vorige Instanz für bewiesen erachtet, daß der Angeklagte, als er eines Tages im Monat December 1881 mit einem, mit Schieferplatten beladenen Wagen seines Dienstherrn die Chaussee vor und hinter der Chausseegeldereinnahme zu M. benutzte, ohne an dieser Hebestelle anzuhalten und die geordnete Abgabe zu entrichten, in dem Glauben, daß die Anfuhre von Steinen zu den von der Abentrichtung des Chausseegeldes bei gedachter Hebestelle befreiten Fuhren gehöre, sich

nach § 21 des Gesetzes, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken ꝛc. vom 11. Juni 1870, während zu strafrechtlicher Verfolgung eines Urhebers des Nachdrucks kein Anlaß gefunden wurde. Die Beschwerde war eingewendet worden von den Inhabern der Firma, aus deren Besitz die Nachdrucksexemplare in Beschlag genommen worden waren.

befunden und davon, daß für die Anfuhre von Baumaterialien diese Abgabenbefreiung nach der von der Berufungsinstanz befolgten Auslegung der Bl. in Abschrift ersichtlichen Verordnung des Finanzministeriums vom 20. November 1871 nicht beansprucht werden könne, keine Kenntniß gehabt habe, auch in Wirklichkeit von seinem Irrthum durch die gegentheilige Belehrung der zeitweilig den Dienst ihres Vaters versehenden Tochter des Chausseegeldereinnehmers, weil sie nicht von Letzterem selbst ausgegangen sei, sich nicht habe abbringen lassen.

Dieser Auffassung liegt ein Rechtsirrthum nicht zu Grunde.

Wenn zu Begründung der eingewendeten Revision hat behauptet werden wollen, der Angeklagte habe sich nach der ihm an der Einnahmestelle ertheilten Verständigung zur Entrichtung des Chausseegeldes für verpflichtet halten müssen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese Verständigung von dem Einnehmer selbst oder von dessen Vertreterin ausgehe, so liegt es auf der Hand, daß dieser Einwand in unzulässiger Weise auf das thatsächliche Gebiet hinüber greift, indem derselbe dem Wesen nach auf Bekämpfung der rein thatsächlichen Annahme hinausläuft, daß der Angeklagte auch dann, als man ihn zu verständigen gesucht, von seinem Irrthum sich nicht getrennt habe.

Soweit dagegen die Revision auf die Behauptung gestützt wird, daß überhaupt die Grundsätze des § 59 des StGB.'s bei Aburtheilung von Steuervergehen außer Betracht zu lassen seien, so ist dies unrichtig. Der allgemeine Theil des StGB.'s leidet auch auf die Aburtheilung von Steuervergehen Anwendung, insoweit nicht dieselbe gemäß der Bestimmung in § 2 des Einführungsgesetzes zum StGB. durch abweichende besondere Vorschriften des Landesstrafrechts über strafbare Verletzungen der Steuergesetze ausgeschlossen ist. Vgl.

Annalen des OLG.'s 2. Bd. S. 210 flg.

Ob durch den Wortlaut sowohl der ersten Strafbestimmung zu dem Gesetze, die Erhebung des Chausseegeldes betreffend, vom 9. November 1833, als auch des § 3 unter f des Steuerstrafgesetzes vom 4. April 1838 die Ansicht gerechtfertigt werde, daß die auf eine Chausseegelderhinterziehung gesetzte Strafe lediglich durch die Begehung der eine Defraudation begründenden Handlung verwirkt werde, ohne daß hierbei Etwas darauf ankomme, ob die Entrichtung der Abgabe in der Absicht, dieselbe zu hinterziehen, oder aus Fahrlässigkeit unterlassen worden

sei, kann für den vorliegenden Fall dahin gestellt bleiben, da die angezogenen Gesetze wenigstens keinerlei Vorschriften enthalten, welche die Anwendung der Bestimmung in § 59 des StGB.'s auf Fälle der Chausseegelderhinterziehung schlechthin auszuschließen vermöchten. Eine solche Unanwendbarkeit der nurgedachten Bestimmung kann insbesondere auch nicht aus § 64 des Steuerstrafgesetzes gefolgert werden, wonach vielmehr gegen die in diesem Gesetze ausgesprochenen Strafen und Bestimmungen vorgebliche Unbekanntschaft mit dem Gesetze selbst oder mit dem Inhalte der in § 1 desselben bezeichneten, über die dort aufgeführten indirecten Staatsabgaben ergangenen oder künftig ergehenden Gesetze und Verordnungen, auch sonst öffentlich bekannt gemachten Verwaltungsvorschriften nicht schützen soll. Die nurgedachte Gesetzesbestimmung entzieht daher nur der Rechtsunkenntniß im Allgemeinen die schützende Kraft und kann auf Specialverordnungen der obersten Finanzbehörde, wodurch für einzelne Personen oder Personenklassen unter gewissen Umständen und Beschränkungen Befreiung von der Chausseeabgabe bewilligt wird, um so weniger bezogen werden, als dergleichen Verordnungen, wie der vorliegende Fall beweist, nicht selten zweifelhafter Auslegung unterliegen und zu thatsächlichem Irrthum leicht Veranlassung geben können. Der § 64 des Steuerstrafgesetzes und § 59 des StGB.'s behandeln auch gar nicht die nämliche Materie, indem jene Gesetzesstelle auf Rechtsirrthum, diese hingegen auf thatsächlichen Irrthum sich bezieht, so daß der letzteren gegenüber die Bestimmung in § 64 des Steuerstrafgesetzes als eine besondere Vorschrift des Landes-Steuerstrafrechts nicht angesehen werden kann.

Die eingelegte Revision war demnach als unbegründet zu verwerfen.

13.

Chausseegeldbefreiung nach der Bestimmung unter no. 9 zu dem Chausseegeldertarif vom 9. November 1833.

Urtheil des OLG.'s vom 14. März 1883 no. 15 V. B.

Wenn der Angeklagte auf Grund der Feststellung, daß er am 23. Juli 1882 mit einem, mit einem Pferde bespannten Personenfuhrwerk, welches ein Knecht führte, am Chausseehause zu L. vorübergefahren sei und sich dem Anverlangen des Chausseewärters zuwider geweigert habe, das tarifmäßige Chausseegeld zu bezahlen, auch, ohne

solches zu thun, auf sein in R.'er Flur gelegenes Feld weiter gefahren sei, ungeachtet seines Anführens, daß er damals auf das fragliche Feld, welches er von seinem in L. gelegenen Gute aus bewirthschafte, und welches von diesem Orte gegen fünf Viertelstunden entfernt liege, zu dem Zweck gefahren sei, um die Reife der daselbst anstehenden Feldfrüchte zu prüfen, auf Grund der Bl. angezogenen gesetzlichen Bestimmungen wegen Hinterziehung der Chausseeabgabe bestraft worden ist, so kann hierin eine Verletzung der in dem Befreiungsgrunde unter no. 9 des Chausseegeldtarifs vom 9. November 1833 (G.-S. v. J. 1833 S. 133) enthaltenen Rechtsnorm durch deren Nichtanwendung, wie die Revision des Angeklagten behauptet, nicht gefunden werden. Nach Maßgabe der nurangezogenen gesetzlichen Vorschrift wird Chausseegeld nicht erhoben „von den Zug- und anderen Viehe, so den Besitzern der an der Chaussee gelegenen Grundstücke zugehört, wenn solches zur Bestellung und Benutzung der letzteren gebraucht wird und, ohne einen Umweg zu machen, die Chaussee nicht vermieden werden kann." Nach dem klaren Wortlaute dieser Bestimmung muß unter den sonstigen darin bezeichneten Nebenumständen, um Befreiung vom Chausseegelde beanspruchen zu können, das Vieh selbst zur Bestellung und Benutzung der Grundstücke gebraucht werden und der Gebrauch des Viehes auf einen Act der Bestellung oder Benutzung des Grundstücks dergestalt unmittelbar gerichtet sein, daß es bei der Vornahme des Bestellungs- und Benutzungsactes als Mittel zum Zweck verwendet wird. An diesen Voraussetzungen gebricht es aber unter den von dem Angeklagten zu Begründung der von ihm in dem fraglichen Falle beanspruchten Befreiung von der Chausseegeldabgabe geltend gemachten Umständen, indem weder die beschriebene Fuhre unmittelbar zur Benutzung des Feldes, welches deren Zielpunkt bildete, zu dienen geeignet und bestimmt war, noch auch das zur Bespannung des Fuhrwerks benutzte Pferd für das Grundstück selbst gebraucht wurde. Denn obschon mit Rücksicht auf die Bl. auszugsweise in beglaubigter Abschrift beigebrachte Verordnung des Finanzministeriums vom 16. März 1857*)

*) Diese Verordnung lautet in dementsprechenden Abschnitte wie folgt: „Soviel aber endlich

4. die Chausseegeldbefreiung anlangt, welche nach der Bestimmung

die Anwendbarkeit des erwähnten Befreiungsgrundes nicht schon durch die Lage des Grundstücks, nach welcheu die Fuhre sich richtete, außerhalb der Flur desjenigen Orts, von welchem aus es bewirthschaftet wurde, für ausgeschlossen zu achten sein würde, so bildet doch die Besichtigung eines Grundstücks, um die Reife der darauf anstehenden Feldfrüchte zu prüfen, nicht einen Act der Benutzung des Grundstücks, sondern nur eine, die Benutzung desselben vorbereitende Handlung, während andererseits die Bespannung des Fuhrwerks, weil dasselbe nur den Transport des Grundstücksbesitzers auf das zu besichtigende Feld vermittelte, nicht für das Grundstück selbst gebraucht wurde.

Materielles Strafrecht.

14.

Entziehung einer gepfändeten Sache aus der Verstrickung. Rechtsirrthümliche Feststellung, daß die Sache gepfändet worden, als Revisionsgrund. (§ 137 des StGB., § 397 der StPO., §§ 682, 712 der CPO.)

Urtheil des OLG.'s vom 24. Mai 1882 no. 39 V. B.

Das Thatbestandsmerkmal des § 137 des StGB.'s bezeichneten

---

sub 9 zu dem Chausseegeldtarife vom 9. November 1833 für Zug- und anderes Vieh eintritt, wenn dasselbe zur Bestellung und Benutzuug der an der Chaussee gelegenen Grundstücke benutzt wird, so ist dieselbe auf alle Fuhren zur Bestellung der Grundstücke und zur Einbringung der Erzeugnisse von den letzteren, ingleichen auf das zur Hutung darauf geriebene Vieh — nur in der Voraussetzung der unmittelbaren, eigenen Bewirthschaftung der Grundstücke — ohne Unterschied auszudehnen, ob die Fuhren durch eigenes oder fremdes Geschirr verrichtet werden, und ob das Vieh eigenes oder fremdes ist, und ob die zu bestellenden und zu benutzenden Grundstücke eigene oder einzeln erpachtete und in- oder außerhalb der Ortsflur gelegen sind, wogegen jedoch der wirthschaftliche Verkehr zwischen verschiedenen, von demselben Inhaber bewirthschafteten ganzen Gutscomplexen an verschiedenen Orten der tarifmäßigen Chausseegelderhebung zu unterliegen hat, insofern nicht im einzelnen Falle eine Ermäßigung oder Fixation deshalb besonders bewilligt worden ist."

Vergehens, daß die vorsätzlich der Verstrickung entzogene Sache durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sein müsse, beruht zwar im Wesentlichen auf der Beantwortung einer Beweisfrage und auf thatsächlicher Feststellung. Wird jedoch hierbei die von der Behörde oder dem Beamten entwickelte Thätigkeit specialisirt, so unterliegt die Frage, ob diese Thätigkeit nach Maßgabe der bestehenden Prozeßgesetze geeignet gewesen sei, den rechtlichen Erfolg einer Pfändung oder Beschlagnahme hervorzubringen, der Prüfung des Revisionsrichters.

Die Revision des Angeklagten F., welcher durch das angefochtene Urtheil der Berufungsinstanz für schuldig erachtet worden ist, daß er ein am 25. November 1881 in der Behausung des mitangeklagten Sch. durch deu hierzu beanftragten Gerichtsvollziehergehülfen L. in Ausführung der Zwangsvollstreckung gepfändetes Schwein mit Kenntniß von der erfolgten Pfändung vorsätzlich und unter ausdrücklicher Genehmigung der mitangeklagten verehel. Sch. habe schlachten lassen sowie das Fleisch mit den Sch.'schen Eheleuten getheilt und davon verbraucht, demnach eine Sache, welche durch die zuständige Behörde gepfändet und in Beschlag genommen worden, vorsätzlich zerstört und der Verstrickung entzogen habe, bestreitet die rechtliche Wirksamkeit der Pfändung des Schweines, indem aus den hierauf bezüglichen Feststellungen der Berufungsinstanz hervorgehe, daß bei Vornahme der Pfändung prozeßrechtliche Vorschriften, durch deren Beobachtung die Wirksamkeit der Pfändung bedingt werde, nicht wahrgenommen worden seien.

Die vorige Instanz hat sich auf die Feststellung dessen, daß das fragliche Schwein durch einen zuständigen Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sei, mit Rücksicht auf die gegen eine solche Annahme schon bei Begründung der Berufung erhobenen Einwendungen nicht beschränkt, sondern eine umständliche Beschreibung des auf die bezweckte Pfändung des Schweines sich beziehenden amtlichen Vorganges gegeben. Hiernach ist am 25. November 1881 in das mehrerwähnte Schwein durch den hierzu beauftragten Gerichtsvollziehergehülfen L. die Hülfe dadurch vollstreckt worden, daß derselbe

a. der bei dem Hülfsacte anwesend gewesenen mitangeklagten Ehefrau Sch.'s und Tags darauf Letzterem selbst das Schwein als gepfändet bezeichnet,

b. zum Zeichen der Pfändung eine Gerichtsvollziehermarke an einen Balken des Stalles, in welchem das Schwein sich befand, angeklebt,

c. über den Pfändungsact ein von den Sch.'schen Eheleuten am 26. November 1881 genehmigtes und mitunterschriebenes Protocoll aufgenommen und

d. das Schwein zwar Behufs der Fütterung unter der Obhut der verehel. Sch. gelassen, diese jedoch und deren Ehemann bedeutet hat, sich an dem Schweine nicht zu vergreifen.

Die hieran geknüpfte Schlußfolgerung, daß die Pfändung des Schweines, wenn schon nicht unter Beobachtung aller für einen solchen Act gegebenen formellen civilprozeßrechtlichen Vorschriften, aber doch so erfolgt sei, daß der Charakter der Beschlagnahme gewahrt geblieben, kann zwar nicht dahin verstanden werden, daß das Schwein, wenn auch nicht gepfändet, doch wenigstens in Beschlag genommen worden sei. Vielmehr hat die vorige Instanz in den beschriebenen Einzelhandlungen des Gerichtsvollziehergehülfen, in ihrem Zusammenhange betrachtet, den zum Begriff der Pfändung einer körperlichen beweglichen Sache erforderlichen Act der Beschlagnahme gefunden. Deshalb erscheint der zu Begründung der Revision gegen die Zuständigkeit des Vollstreckungsbeamten in dem Sinne erhobene Einwand, daß derselbe nur zur Pfändung, nicht zu Vornahme einer Beschlagnahme anderer Art beauftragt gewesen sei, unzutreffend. Allein die obige Schlußfolgerung der vorigen Instanz ist rechtsirrthümlich.

Zwar würden etwaige Mängel des von dem Gerichtsvollziehergehülfen L. über den Pfändungsact aufgenommenen Protokolles die Legalität des Pfändungsactes, wenn sie sonst vorhanden wäre, nicht beeinträchtigen, da die in § 682 der CPO. vorgeschriebene Aufnahme eines Protokolles über jede Vollstreckungshandlung durch den Gerichtsvollzieher keinen wesentlichen Bestandtheil der Vollstreckungshandlung bildet, sondern nur zum Beweise derselben sowie zur Controle des Gerichtsvollziehers dient. Vgl.

v. Sarwey, Commentar zur CPO. II. S. 138 Bem. 1 zu § 682.

Ebensowenig kann, wie der Beschwerdeführer behauptet, das oben unter b. erwähnte Ankleben einer Gerichtsvollziehermarke an einen Balken des Stalles, in welchem das Schwein sich befand, als eine ungenügende Befolgung der in § 712 Abs. 2 der CPO. für den Fall, daß die

gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen werden, als eine Bedingung für die Wirksamkeit der Pfändung aufgestellten Vorschrift, daß die Pfändung durch Anlegung von Siegeln oder auf andere Weise ersichtlich gemacht werden müsse, um deswillen angesehen werden, weil nicht gemäß der Vorschrift im dritten Absatze des § 143 der sächsischen Instruction für den Gerichtsvollzieher (Just.-Minist.-Bl. v. J. 1879 S. 103) an der Außenseite des Schweinestalles ein Anschlag mit der Aufschrift: „Gepfändet" unter Hinzufügung von Datum, Unterschrift und Siegel des Gerichtsvollziehers angebracht worden sei. Denn theils ist die letztere Vorschrift nur für den Fall gegeben, daß die blose Anlegung von Siegeln nicht genügen würde, und das Vorhandensein dieser thatsächlichen Voraussetzung aus den Feststellungen der Vorinstanz nicht zu entnehmen, theils ist die nurerwähnte Vorschrift nur instructioneller Natur und vermag, da sie im Gesetze selbst in solcher Specialität nicht enthalten ist, eine wesentliche Förmlichkeit des Pfändungsactes nicht zu begründen. Dagegen wird, da nach § 712 Abs. 1 der CPO. die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen dadurch bewirkt wird, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt, zur Pfändung einer körperlichen beweglichen Sache in Form der Zwangsvollstreckung eine Handlung erfordert, durch welche der Schuldner des Besitzes, d. h. der Macht, über die Sache beliebig zu verfügen, entsetzt und Namens des Gläubigers Besitz ergriffen wird. An einer solchen Handlung des Gerichtsvollziehers, welcher nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Besitzerwerb die Wirkung der Besitzergreifung beigelegt werden könnte, fehlt es im vorliegenden Falle. Insbesondere kann darin, daß der mehrgenannte Gerichtsvollziehergehülfe den Sch.'schen Eheleuten das Schwein als gepfändet bezeichnet hat, ein Act der Besitzergreifung ebensowenig gefunden werden, als darin, daß er die Sch.'schen Eheleute bedeutet hat, sich an dem Schweine nicht zu vergreifen, zumal, was letzteren Umstand betrifft, sogar der Wille des Schuldners, die Gegenstände, in welche die Zwangsvollstreckung erfolgen soll, als gepfändete und vom Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, und der Abschluß eines hierauf gerichteten constitutum possessorium zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Schuldner die körperliche Besitzergreifung nicht zu ersetzen vermag. Vgl.

v. Sarwey a. a. O. II. S. 187 Bem. 5 zu § 712.

Ferner kann auch das schon erwähnte Ankleben einer Gerichtsvollziehermarke an einen Balken des Stalles, in welchem das Schwein sich befand, nicht etwa als ein symbolischer Act der Besitzergreifung aufgefaßt werden, da die in § 712 Abs. 2 der CPO. vorgeschriebene Ersichtlichmachung der Pfändung durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise vom Gesetz als eine Förmlichkeit betrachtet wird, welche zu dem Acte der Besitzergreifung hinzutreten muß und letztere als bereits geschehen voraussetzt. Vgl.

v. Sarwey a. a. O. II. S. 187 in Bem. 4 zu § 712,

Motive zur CPO., zu §§ 661, 662 des Entwurfs S. 427.

Wenn demnach die Anwendung des § 137 des StGB.'s auf die festgestellte Handlungsweise des Angeklagten F., weil ein wesentliches Merkmal des objectiven Thatbestands des in dem angezogenen Paragraphen bezeichneten Vergehens zu vermissen ist, nicht gerechtfertigt erscheint, so war das angefochtene Urtheil, soweit es den Beschwerdeführer betrifft, aufzuheben, auch, da von weiteren thatsächlichen Erörterungen eine Ergänzung jener Lücke nicht zu erwarten ist, nachdem die Ermittelung dessen, was der Gerichtsvollziehergehülfe L. zum Zweck der von ihm beabsichtigten Pfändung des Schweines gethan hat, bereits in beiden vorigen Instanzen, und zwar in der Berufungsinstanz Angesichts des nach Bl. zu Begründung der Berufung auf den Mangel eines Besitzergreifungsactes gestützten Einwands, Gegenstand der Beweisaufnahme gewesen ist, und daher angenommen werden darf, daß in dieser Beziehung etwas Weiteres, als die vorige Instanz festgestellt hat, nicht zu ermitteln sei, von Zurückverweisung der Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung abzusehen und vielmehr gemäß § 394 der StPO. die Freisprechung des genannten Angeklagten zu verfügen. In gleicher Maße war auch in Ansehung der mitangeklagten verehel. Sch., obwohl dieselbe Revision nicht eingelegt hat, in Folge der Vorschrift in § 397 der StPO. zu erkennen. Dagegen erschien die Anwendung der nurgedachten Vorschrift auch zu Gunsten des mitangeklagten Sch. ausgeschlossen, weil Diesem gegenüber schon das Urtheil erster Instanz, gegen welches er Berufung nicht eingelegt hat, in Rechtskraft übergegangen ist, und daher auf den zuletzt genannten Angeklagten

das jetzt aufgehobene Urtheil nicht, wie zur Anwendbarkeit des § 397 der StPO. vorausgesetzt wird, sich erstreckt.

15.

Versuch des Zeugenmeineids bei Vereidung vor der Vernehmung. (§ 154, 46 Ziff. 1 des StGB.)

Beschluß des OLG.'s vom 4. Januar 1882 zu no. 592 V. A./1881.

Durch die Auslassungen des Referendar G. Bl. des Erörterungsfascikels verbunden mit dem Protokolle Bl. der Acten des Königl. Preuß. LG.'s zu G. v. J. 1881 wird der Verdacht begründet, daß P. bei seiner auf Requisition des Prozeßgerichts am 3. August 1881 vor dem AG. zu Z. erfolgten Abhörung als Zeuge in dem vor genanntem LG. nach Inhalt der zuletzt angezogenen Acten verhandelten Rechtsstreite, in welchem N. auf Erfüllung der angeblich bei dem Verkaufe seiner Grundstücke zu L. an M. ertheilten Zusage, die auf einem derselben haftende Hypothekenschuld von 2100 M. zur Löschung zu bringen, von zuletzt genanntem M. in Anspruch genommen wurde, nach vorgängiger Leistung des Zeugeneides die an ihn ausdrücklich gerichtete Frage: ob er an dem Ausgange des Prozesses ein Interesse habe? verneint hat, obwohl er bei fortgesetzter Vernehmung auf den Vorhalt des Beklagten hat zugeben müssen, daß er das Gut N.'s mit dem Kläger M. gemeinschaftlich gekauft habe. Die deshalb gegen P. nach Bl. von der Staatsanwaltschaft mittels Antrags auf Eröffnung der Voruntersuchung erhobene Anklage ist auf Versuch derjenigen Form des Meineids gerichtet, welche nach § 154 des StGB.'s dadurch begangen wird, daß ein Zeuge den vor seiner Vernehmung geleisteten Eid wissentlich durch ein falsches Zeugniß verletzt. In diesem Falle liegt zwar die strafbare Handlung (Eidesbruch) nicht in der Leistung des Eides, sondern in der hinzutretenden Ablegung einer unwahren Aussage. Allein bei Beurtheilung des Thatbestands dieses Delicts ist die Aussage des Zeugen als ein Ganzes aufzufassen, weshalb die Vollendung des Verbrechens hier erst mit dem Schlusse der Abhörung eintritt. Vgl.

v. Schwarze, Commentar zum StGB. ed. IV. S. 409 flg.,
Haager, über die Vollendung des Meineids, im Gerichtssaal, Jahrg. 1873 S. 219 flg. no. XIV.,

Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis, N. F. VII. Bd. S. 56 no. 39.

Ob ein Versuch des Meineids dann angenommen werden könne, wenn ein Zeuge nach vorgängiger Vereidigung zunächst unwahre Angaben macht, dieselben aber im Laufe seiner Vernehmung berichtigt oder zurücknimmt, erscheint sehr fraglich. Abgesehen von den criminalpolitischen Bedenken, welche solchen Falls gegen eine Strafverfolgung insofern sich erheben, als dadurch der Zeuge nur zu leicht abgehalten werden würde, eine mit untergelaufene unwahre Aussage auf geeigneten Vorhalt noch zu berichtigen, — eine Erwägung, welche den sächsischen Gesetzgeber zu Aufstellung der in Art. 224 des revid. StGB.'s vom 1. October 1868 enthaltenen Bestimmung veranlaßt hatte, daß wegen versuchten Meineids, wenn die Eidesleistung der wahrheitswidrigen Aussage vorausgegangen ist, kein Strafverfahren stattfinde, vgl.

Krug, Commentar znm sächs. StGB., 2. Abth. S. 117 ed. II., —

steht der obgedachten Annahme namentlich der, auch in

v. Schwarze's Commentar zum RStGB. ed. IV. S. 410,

für die Verneinung der rechtlichen Möglichkeit eines Versuchs des Eidesbruchs geltend gemachte Rechtsgrund entgegen, daß ein „falsches Zeugniß", welches nach § 154 des RStGB.'s das Mittel zur Verletzung des vor der Vernehmung geleisteten Eides bildet, wenn man die Aussage des Zeugen als ein Ganzes auffaßt, vor dem Schlusse der Abhörung nicht vorliegt und daher bis zu diesem Zeitpunkte für den Versuch des Verbrechens kein Raum vorhanden ist, vielmehr die auf Begehung des Verbrechens gerichtete Thätigkeit, wenn sie das entscheidende Thatbestandsmerkmal ergriffen hat, sofort in die Vollendung überschlägt. Wollte man aber selbst in dem vorausgesetzten Falle die rechtliche Möglichkeit eines Verbrechensversuchs, welche z. B. von

Rüdorff, Commentar zum RStGB., Bem. 7 zu § 154 und

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 70 S. 310,

vertheidigt wird, nicht völlig ableugnen, so wird doch bei rechtzeitiger d. h. vor dem Schlusse der Abhörung bewirkter Abänderung der Aussage zumeist der in § 46 unter Ziffer 1 des StGB.'s bezeichnete Strafausschließungsgrund eintreten. Vgl. auch

Oppenhoff, Commentar zum RStGB., 8. Aufl. Bem. 20 zu § 154 S. 352.

Durch die zuletzt angezogene Gesetzesvorschrift wird auch im vorliegenden Falle die Zulässigkeit der Strafverfolgung ausgeschlossen, indem der Vorhalt der Partei, welcher dem Zeugen zur Berichtigung seiner unwahren Aussage Veranlassung gegeben hat, als ein von seinem Willen unabhängiger Behinderungsgrund an der Ausführung nicht angesehen werden kann, vielmehr nur das, die Freiwilligkeit des Abstehens von der Ausführung nicht aufhebende Motiv der thatsächlich bekundeten Willensänderung gebildet hat.

Es konnte daher die von der Staatsanwaltschaft gegen den Beschluß der Strafkammer Bl., wodurch die nach Obigem beantragte Einleitung der Voruntersuchung gegen P. wegen Unzulässigkeit der Strafverfolgung gemäß § 178 der StPO. abgelehnt worden ist, Bl. aus § 181 der StPO. erhobene sofortige Beschwerde für begründet nicht erachtet werden.

16.

Kuppelei. Begriff des „Vorschubleistens". Erfolglose Bestrebungen, Frauenzimmer in Prostitutionshäusern unterzubringen. (§ 180 des StGB.'s)

Beschluß des OLG.'s vom 20. September 1882 zu no. 447 V. A.

Durch die unverdächtigen Aussagen der ledigen M. Bl. verbunden mit den theilweisen Zugeständnissen Eugenien gesch. E. Bl. ist beanzeigt, daß zu Anfang dieses Jahres die E. mit der M. dahin übereingekommen ist, die Letztere gegen Gewährung einer Vergütung von 30 ℳ in einem D.'er Bordell als Lustdirne unterzubringen, — daß sie in Ausführung dieses Vertrags mit der M. unter einstweiligem Vorschuß der Reisekosten nach D. gereist ist, daselbst die M. in verschiedenen Bordellen unter Eröffnung ihres Vorhabens vorgestellt hat und in einem derselben mit der Inhaberin über die Aufnahme der M. gegen Gewährung von 70 Thlr. = 210 ℳ, wovon 30 ℳ die E. erhalten, der Rest aber für die M. in einer Sparcasse angelegt werden sollte, mit Vorbehalt der Regelung der Angelegenheit auf der Polizei, einig geworden, der wirkliche Eintritt der M. in dieses Bordell aber nur deshalb unterblieben ist, weil dessen Inhaberin unter dem durch die polizeiliche Auskunft Bl. nicht bestätigten Vorgeben: daß die Polizei die M. in die Liste der Prostituirten nicht einschreibe, weil

sie noch nicht 18 Jahr alt sei, von dem Vertrage zurückgetreten ist. Wenn die Strafkammer nach Inhalt des Beschlusses Bl. in der vorstehend beschriebenen Thätigkeit der gesch. E. unter Bezugnahme auf die in den

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen II. Bd. S. 164 u. 258

abgedruckten Entscheidungen des III. u. I. Strafsenats, von denen wenigstens die erstere für die von der Strafkammer befolgte Ansicht keine Stütze bietet, nur einen strafbaren Versuch des Vergehens gegen § 180 des StGB.'s erblickt hat, weil die Unterbringung der M. in einem Bordell in D. nicht gelungen sei, wessen es nach der besonderen Gestaltung des vorliegenden Straffalles zum Thatbestand des vollendeten Vergehens gegen § 180 des StGB.'s bedurft habe, so konnte dieser Auffassung, durch welche die Strafkammer bestimmt worden ist, die von der Staatsanwaltschaft Bl. beantragte Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die E. wegen vollendeten Vergehens gegen § 180 des StGB.'s abzulehnen, auf die von der Staatsanwaltschaft hiergegen Bl. erhobene sofortige Beschwerde nicht beigepflichtet werden.

Die in § 180 des StGB.'s als Kuppelei bezeichnete strafbare Thätigkeit besteht darin, daß Jemand gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet. Die Vollendung des Vergehens ist demnach in dem Acte des Vorschubleistens zu suchen. Hierunter kann nun zwar nicht jede in der Absicht, der Unzucht Vorschub zu leisten, unternommene Handlung verstanden werden; vielmehr liegt es in der sprachlichen Bedeutung des Ausdrucks „Vorschub leisten", daß damit eine Handlungsweise hat bezeichnet werden sollen, welche insofern von einem gewissen Erfolge begleitet gewesen sein muß, als der Zweck der Unzucht durch das Mittel der Vorschubleistung wirklich gefördert und das Vorhaben der Unzucht einen Schritt weiter gebracht worden ist. Es müssen daher durch die Thätigkeit des Kupplers günstigere Verhältnisse für die Ausübung der Unzucht geschaffen worden sein, als vorher ohne diese Thätigkeit vorhanden waren. In diesem Erfordernisse stimmen auch die obangezogenen reichsgerichtlichen Entscheidungen bei genauer Vergleichung überein. Nur läßt sich daraus nicht der allgemeine Satz abstrahiren, daß jede thatsächlich bekundete Bestrebung, Frauenzimmer in Prostitutionshäusern

unterzubringen, nur als ein strafloser Versuch der Kuppelei anzusehen sei, wenn diese Unterbringung nicht wirklich gelungen ist. Vielmehr bleibt es eine in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung aller einschlagenden Umstände zu beurtheilende Thatfrage, ob durch die als Vorschubleistung in Betracht genommenen Handlungen Zustände und Verhältnisse herbeigeführt worden, wodurch für die Ausführung von Unzuchtshandlungen objectiv günstigere Voraussetzungen, als bisher bestanden, geschaffen worden sind. Ein solcher Erfolg kann aber mit Rücksicht auf die thatsächliche Gestaltung, welche nach den Ergebnissen der Vorerörterungen der gegenwärtige Straffall annimmt, der unter Anklage gestellten Thätigkeit der gesch. E. nicht abgesprochen werden, wenn man namentlich erwägt, daß beanzeigter Maßen, als worauf von der vorigen Instanz zu wenig Gewicht gelegt worden, die E. mit der Inhaberin des einen Bordells über die Aufnahme der M. in dasselbe einen Vertrag bereits wirklich abgeschlossen hat, und die Ausführung desselben nur in Folge zufälliger Umstände ohne Zuthun der E. unterblieben sein soll.

Es war demnach die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen die mehrgenannte gesch. E., welche hinreichend verdächtig erscheint, aus Eigennutz durch ihre Vermittelung sowie durch Gewährung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub geleistet zu haben, wegen vollendeten Vergehens gegen § 180 des StGB.'s vor der Strafkammer des LG.'s B. zu beschließen.

17.

Eigenthumserwerb am Wilde. Unterschlagung oder Hehlerei? (§ 292, 246, 259 des StGB.'s, § 398 Abs. 2 der StPO.)

Urtheil des OLG.'s vom 3. Mai 1882 no. 33 V. B.

Der am 14. Juni 1867 geborene Sch. hat, wie das Schöffengericht nach Bl. für erwiesen erachtete, am 24. October 1881 bei Gelegenheit einer an diesem Tage auf P.'er Flur von dem Jagdpachter O. abgehaltenen Treibjagd einen bereits erlegten Hasen unbefugt an sich und mit nach Hause genommen. Das Schöffengericht hat die nurbeschriebene Handlung als Diebstahl nach § 242 des StGB.'s beurtheilt, jedoch den Thäter, weil er bei Begehung der

strafbaren Handlung die zur Erkenntniß ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besessen habe, auf Grund § 56 des StGB.'s freigesprochen.

Insoweit ist das Urtheil des Schöffengerichts in Rechtskraft übergegangen.

Dasselbe erstreckte sich aber außerdem noch auf den Vater des genannten Sch., den Gutsbesitzer Sch. zu P., welcher unter der Feststellung, daß er jenen, ihm von seinem Sohne mit dem Bemerken, daß er denselben auf P.'er Flur gefunden und an sich genommen habe, übergebenen Hasen sich habe braten lassen und in Gemeinschaft mit seinem Sohne verzehrt, daher eine Sache, von der er gewußt, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt worden, seines Vortheils halber an sich gebracht habe, wegen Hehlerei nach § 259 des StGB.'s mit Gefängnißstrafe von zwei Tagen belegt wurde.

Die von Sch. sen. gegen das Urtheil des Schöffengerichts eingelegte Berufuug hat den Erfolg gehabt, daß er von der Strafkammer des LG.'s L. unter Freisprechung von der Anklage der Hehlerei nur des Vergehens der Unterschlagung für schuldig erachtet und deshalb unter Annahme mildernder Umstände nach § 246 des StGB.'s zu einer Geldstrafe von 30 M. verurtheilt worden ist.

Die in der Berufungsinstanz veranstaltete, auch auf die Handlungsweise des jüngeren Sch. ausgedehnte Beweisaufnahme hat ergeben, daß der Hase am 24. October 1881 bei Gelegenheit einer von dem Hôtelier O. in L., als dem Pachter des P.'er Jagdreviers, angestellten Jagd auf diesem Reviere geschossen, sonach getödtet worden und daselbst liegen geblieben ist, ingleichen, daß der jüngere Sch. den Hasen gefunden, in die Hand genommen und nach Hause getragen, ihn dort in einer Kammer untergebracht und über sein Handeln dem von der Jagd spät am Abend zurückgekehrten Vater am andern Morgen unter Erzählung des Sachhergangs Mittheilung gemacht habe. Dabei wird ausdrücklich festgestellt, daß die Handlungsweise des jüngeren Sch. nicht als auf Zueignung des Hasen gerichtet habe angesehen werden können. Die Annahme aber, daß Sch. sen. einer nach § 246 des StGB.'s zu beurtheilenden Unterschlagung sich schuldig gemacht habe, wird von der vorigen Instanz auf folgende Argumentation gegründet: sei der beregte Hase durch Sch. jun. in die Behausung seines Vaters eingebracht und Letzterer davon unterrichtet gewesen, in welcher Weise

er sonach in die Inhabung des auf fremdem Jagdrevier geschossen gewesenen Hasen gelangt sei, so habe er denselben als fremde bewegliche Sache inne gehabt; habe nun Sch. sen. nachmals über den solchergestalt in seinen Gewahrsam gelangten fremden Hasen dadurch verfügt, daß er sich entschlossen, anstatt denselben an den Jagdberechtigten abzuliefern, ihn mit den Seinigen, wie geschehen, zu verzehren, so habe derselbe eine fremde bewegliche Sache, die er in Gewahrsam gehabt, sich rechtswidrig zugeeignet.

Zu Begründung der von dem Angeklagten Sch. sen. gegen das Urtheil der Berufungsinstanz eingelegten Revision wird behauptet, daß § 246 des StGB.'s insofern rechtsirrthümlich angewendet worden, als der fragliche Hase für eine fremde Sache im Sinne der nurangezogenen Gesetzesbestimmung angesehen worden sei.

Als Unterschlagung läßt sich nun allerdings die Handlungsweise des Angeklagten Sch. sen. auf Grund der hierüber in der Berufungsinstanz getroffenen Feststellungen nach Ansicht des OLG.'s nicht auffassen.

Der Begriff der fremden beweglichen Sache im Sinne von § 246 des StGB.'s beruht keineswegs blos auf einer Negation der Herrenlosigkeit, sondern auf Erörterung der Eigenthumsverhältnisse. Die Motive zu § 241 des Entwurfs (§ 246 des Gesetzes) S. 124 heben ausdrücklich hervor, daß das Gesetz nur von einer körperlichen beweglichen Sache spreche, welche Gegenstand des Eigenthums eines Andern ist. Unterschlagung ist daher nur da möglich, wo ein Dritter nach den Grundsätzen des Civilrechts Eigenthümer war. Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. I. S. 344, Bd. III. S. 39.

Die Anwendung der Grundsätze des bürgerlichen Rechts auf den vorliegenden Fall führt aber zu dem Ergebnisse, daß ein Eigenthumsverhältniß an dem Hasen zu der Zeit, wo der Angeklagte Sch. sen. über denselben verfügte, überhaupt noch nicht begründet war. Durch die Bestimmung in § 231 des BGB.'s, wonach herrenlose Sachen, bei welchen ein ausschließliches Recht der Zueignung in Bezirken oder auf einzelnen Grundstücken besteht, nur der Berechtigte durch Besitzergreifung eigenthümlich erwerben kann, ist der Eigenthumserwerb an Wild für das Gebiet des Königreichs Sachsen, abweichend von dem römischen Recht, wonach auch der Wilderer Eigenthümer der durch

widerrechtlichen Eingriff in fremdes Jagdrecht occupirten Thiere wurde,

v. Wächter, das Jagdrecht und die Jagdvergehen, in den Abhandlungen der Juristenfacultät zu Leipzig, I. Bd. S. 350 flg.,

dahin geregelt worden, daß das Eigenthum an dem in der natürlichen Freiheit lebenden Wilde nur der Jagdberechtigte, und auch dieser erst durch Besitzergreifung, erwerben kann.

Siebenhaar, Commentar zum BGB., 2. Ausgabe I. Bd. S. 242.

Wie demnach Sch. jun. durch unberechtigte Ansichnahme des auf fremdem Jagdreviere in erschossenem Zustande unter den obangegebenen Verhältnissen aufgefundenen Hasen das Eigenthum an demselben nicht erwerben konnte, so hatte auch der Jagdberechtigte das Eigenthum an diesem Hasen nicht erworben, da in dem blosen Erschießen des Hasen noch keine vollendete Besitzergreifung enthalten war, vielmehr für diesen Zweck noch eine andere Handlung, welche den Hasen in die Verfügungsgewalt des Jagdberechtigten brachte, hinzutreten mußte und, daß Sch. jun. bei der Besitzergreifung an dem Hasen als Stellvertreter des Jagdberechtigten gehandelt habe, nicht festgestellt ist. Wenn demnach der Hase zu der Zeit, als Sch. sen. denselben in seinem Haushalte als Nahrungsmittel verbrauchte, für ihn die Eigenschaft einer fremden d. h. im Eigenthum eines Andern befindlichen beweglichen Sache nicht besaß, so hat er den Hasen auch nicht im Sinne von § 246 des StGB.'s unterschlagen.

Wohl aber hat sich Sch. sen. nach den vorliegenden Feststellungen durch die beschriebene Verfügung über den Hasen einer Hehlerei im Sinne von § 259 des StGB.'s schuldig gemacht. Insofern ist der Auffassung der ersten Instanz vor derjenigen der zweiten Instanz der Vorzug zu geben. Wenn auch der Berufungsinstanz darin beizupflichten ist, daß die in dem Schöffengerichtsurtheil festgestellte Handlungsweise des jüngeren Sch. nicht die gesetzlichen Merkmale des Diebstahls an sich trägt, so ist es doch rechtsirrthümlich, wenn die vorige Instanz nach Bl. zum Thatbestande des in § 292 des StGB.'s bezeichneten Vergehens rechtswidrige Zueignungsabsicht erfordert und wegen Mangels der letzteren den

ersteren verneint hat. Vielmehr bestimmt sich die Handlungsweise des jüngeren Sch. schon nach den Feststellungen des Schöffengerichtsurtheils, an welche die Berufungsinstanz, weil insoweit das nurgedachte Urtheil die Rechtskraft beschritten hatte, gebunden war, als Vergehen gegen § 292 des StGB.'s, da unter den Begriff der Jagdausübung im Sinne dieser Gesetzesstelle auch die unbefugte Ausübung des ausschließlich dem Jagdberechtigten zustehenden Occupationsrechts an erlegtem Wilde fällt und die rechtswidrige Zueignungsabsicht kein Thatbestandsmerkmal des nurgedachten Vergehens bildet, vielmehr das Wesen desselben in dem unbefugten Eingriffe in fremdes Jagdrecht besteht. Um daher die Handlungsweise des Angeklagten Sch. sen. unter den Begriff der Hehlerei zu stellen, erscheint es genügend, daß derselbe, wie auch in dem vorigen Urtheile festgestellt ist, als er den Hasen in der beschriebenen Weise seines Vortheils wegen an sich brachte, die Art und Weise, wie derselbe in die Hand seines Sohnes gelangt sei, gekannt hat, indem die strafbare Handlung, welche das Mittel zum Erwerb der verhehlten Sache gebildet haben muß, keineswegs auf Verbrechen und Vergehen gegen das Eigenthum, oder überhaupt auf eine bestimmte Kategorie strafbarer Handlungen zu beschränken ist, und daher Hehlerei im Sinne von § 259 des StGB.'s auch in Ansehung solcher Sachen, welche durch Vergehen gegen § 292 des StGB.'s erlangt worden sind, begangen werden kann. Auch wird die Strafbarkeit der Hehlerei nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem jugendlichen Hauptthäter der Strafausschließungsgrund mangelnder Einsicht nach § 56 des StGB.'s zur Seite steht.

Obwohl demnach das angefochtene Urtheil die dem Angeklagten Sch. sen. zur Last fallende strafbare Handlung einer rechtsirrthümlichen Beurtheilung unterworfen hat, so kann doch derselbe sich hierdurch nicht mit Grund für beschwert erachten, weil er, wenn seine festgestellte Handlungsweise nach richtigen Rechtsgrundsätzen beurtheilt worden wäre, sogar wegen Hehlerei nach § 259 des StGB.'s, welche nicht nur absolut mit Gefängniß bedroht ist, sondern auch die Grundlage des in § 244 des StGB.'s bezeichneten Rückfalls bildet, demnach aus einem schwereren strafrechtlichen Gesichtspunkte, zu bestrafen gewesen wäre.

Die eingelegte Revision war daher zu verwerfen.

18.

Unterschlagung des Erlöses für Lotterieloose. (§ 246 des StGB.'s.)

Urtheil des OLG.'s vom 13. Sept. 1882 no. 78 V. B.

Die in § 246 des StGB.'s bezeichneten Begriffsmerkmale der Unterschlagung werden durch die Feststellungen des von dem Angeklagten mittels Revision angefochtenen Berufungsurtheils gedeckt. Hiernach hat der Angeklagte im März 1881 mit dem Kaufmann W. in D. über den Vertrieb von Loosen der Stuten- und Fohlen-Lotterie zu A. sich dahin geeinigt, daß er für Letzteren den Verkauf solcher Loose gegen Gewährung einer Provision besorge. Dabei ist bedungen worden, daß die für verkaufte Loose eingegangenen Gelder nicht dem Angeklagten gehören, sondern anvertrautes Gut sein sollten und daher mit andern Geldern nicht vermischt werden dürften. In Ausführung dieses Vertrags hat der Angeklagte 21 Stück, ihm von W. zum Verkauf ausgehändigte Loose theils vollständig, theils antheilig verkauft und hatte von den vereinnahmten Kaufgeldern genanntem W. nach Abzug der ihm zukommenden Provision und einer geleisteten Abschlagszahlung von 15 M. noch 38 M. 10 Pf. zu gewähren. Diesen, von dem Erlöse für obgedachte Loose herrührenden Geldbetrag hat der Angeklagte im Laufe des Jahres 1881 in Folge eines jedesmaligen besonderen Entschlusses in Einzelbeträgen von je 2 M., 1 M. 50 Pf. und 50 Pf. nach und nach für sich verwendet und dadurch sich zugeeignet, ohne, wie er wußte, im Stande zu sein, alsbald jene Geldsumme an W. bezahlen zu können. Die vorige Instanz, davon ausgehend, daß die rechtliche Wirksamkeit der zwischen dem Angeklagten und W. nach Obigem getroffenen Vertragsbestimmung über das Eigenthumsverhältniß an den für verkaufte Loose vereinnahmten Geldern nicht zu bezweifeln sei, folgert aus den Vorschriften in § 203 verbunden mit § 253 des BGB.'s, daß der von dem Angeklagten für die Loose vereinnahmte Erlös für ihn fremdes Geld gewesen sei, indem er, von W. zur Erwerbung des Besitzes an den Kaufgeldern beauftragt, denselben dem Letzteren durch Uebernahme des Geldes und mit dem Besitze auch das Eigenthum daran erworben habe, da ihm das Geld von den Käufern der Loose in der

Absicht, Eigenthum zu übertragen, übergeben worden sei, und, wenn auch der Wille der Zahlenden, denen gegenüber der Angeklagte sich nicht ausdrücklich als Stellvertreter W.'s bezeichnet habe, nicht dahin gegangen sei, Besitz und Eigenthum der Kaufgelder auf W. zu übertragen, doch dieselben kein Interesse daran gehabt hätten, ob der Angeklagte das Geld für sich oder einen Dritten erwerbe, in solchen Fällen der Uebergabe an einen Stellvertreter aber für den Erwerb des Besitzes und Eigenthums der Wille des Empfängers entscheide, welcher im vorliegenden Falle auf Seiten des Angeklagten darauf gerichtet gewesen sei, den Erlös der Loose für W. als dessen Stellvertreter zu erwerben. Ist nun die vorige Instanz unter der weiteren Feststellung: der Angeklagte habe angenommen, daß die von ihm für die Loose vereinnahmten Gelder, abzüglich der Provision, nicht ihm gehörten, sondern W.'s Eigenthum seien, und er zu deren Aneignung kein Recht besitze, weil es sich um anvertrautes Gut handele, zu dem Endergebnisse gelangt, daß der Angeklagte in 32 real concurrirenden Fällen ihm fremde, vertragsmäßig anvertraute Sachen, die er in Besitz und Gewahrsam gehabt, sich ohne Befugniß und mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit angeeignet, hierdurch aber einer Mehrzahl, nach § 74 des StGB.'s materiell concurrirender Unterschlagungen im Sinne von § 246 des StGB.'s sich schuldig gemacht habe, so kann hierin allenthalben eine „irrige Anwendung der §§ 246 und 74 des StGB.'s," oder eine „rechtlich irrige Auffassung des zwischen dem Angeklagten und W. abgeschlossenen Vertrags" und „der einschlagenden Bestimmungen des BGB.'s", — wie die Revision ohne alle nähere Begründung behauptet, — nicht gefunden werden.

Wenn das Schöffengericht zur Freisprechung des Angeklagten wegen der ihm beigemessenen Unterschlagung auf Grund der Anschauung gelangt war, daß der Angeklagte nach den getroffenen Vertragsbestimmungen zwar subjectiv verbunden gewesen sei, den Erlös für die Loose als eine fremde Sache zu betrachten, allein objectiv selbst Eigenthum daran erworben habe, und jenen Vertragsbestimmungen nicht die Wirkung beigelegt werden könne, Eigenthum in fremdes Gut zu verwandeln, so mag zwar nicht bestritten werden, daß bei dem Vergehen der Unterschlagung das Eigenthumsverhältniß an der beweglichen Sache, welche den Gegenstand der Zueignung bildet, nach

den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts festzustellen ist, — vergl. auch

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen III. Bd. S. 152, —

und daher auch durch die blose Willensmeinung der Contrahenten das zum Thatbestand der Unterschlagung erforderliche Merkmal der fremden beweglichen Sache nicht geschaffen werden kann, wenn der Wille der Contrahenten diese Wirkung nach den einschlagenden Grundsätzen des bürgerlichen Rechts nicht hervorzubringen vermag. Allein die vorige Instanz hat auch in der Annahme nicht geirrt, daß nach Maßgabe dessen, was über Inhalt und Ausführung des von dem Angeklagten mit W. abgeschlossenen Vertrags festgestellt worden ist, das von dem Angeklagten für die Loose vereinnahmte Geld objectiv für ihn eine fremde Sache gewesen sei. Die gegentheilige Meinung des Schöffengerichts beruht auf der Annahme, daß der zwischen den Betheiligten abgeschlossene Vertrag ein Trödelvertrag im Sinne von § 1291 des BGB.'s gewesen sei, nach den hierüber geltenden Grundsätzen aber der Angeklagte das Eigenthum an dem für die vertrödelte Sache vereinnahmten Kaufpreise erworben habe, und diese rechtliche Wirkung nicht durch willkürliche Bestimmungen der Parteien abgeändert werden könne. Dieser Auffassung kann jedoch nicht allenthalben beigepflichtet werden. Es liegt kein Grund vor, der zwischen den Betheiligten getroffenen Vereinbarung, daß die für die verkauften Loose eingegangenen Gelder nicht dem Angeklagten gehören sollten und mit anderen Geldern nicht vermischt werden dürften, rechtliche Wirksamkeit abzusprechen. Bestände eine rechtliche Nothwendigkeit, die oben beschriebene Uebereinkunft zwischen dem Angeklagten und W. als Trödelvertrag zu qualificiren, so würde allerdings durch die fragliche Nebenbestimmung das Wesen des Trödelvertrags in unstatthafter Weise abgeändert worden sein, da aus der in § 1291 des BGB.'s enthaltenen Begriffsbestimmung des Trödelvertrags zu folgern ist, daß die Verpflichtung des Trödlers, insoweit sie auf Bezahlung des bestimmten Preises geht, nur den Inhalt einer Forderung des Ueberlassers darstellt und daher der Trödler an dem beim Verkauf der Sache vereinnahmten Kaufgelde in der Regel das Eigenthum erwirbt, zumal ihm nach § 1294 auch der Gewinn gebührt, welchen

er durch den Verkauf der Sache um einen höheren Preis, als den bestimmten, macht. Allein gerade weil die obige Nebenverabredung mit dem Wesen des Trödelvertrags nicht vereinbar ist, kann der zwischen dem Angeklagten und W. abgeschlossene Vertrag nicht als Trödelvertrag angesehen werden. Weit näher liegt es, diesen Vertrag als Dienstmiethe aufzufassen, mit deren Charakter jene Nebenverabredung nicht in Widerspruch stehen würde. Es erscheint aber überhaupt nicht nöthig, den mehrerwähnten Vertrag mit einem bestimmten Namen zu belegen, da sein Inhalt über die daraus für die Contrahenten entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten klare Maße giebt und gegen irgend welche gesetzliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit nicht verstößt.

19.

Zum Begriff der Vermögensbeschädigung im Sinne von § 263 des StGB.'s

Urtheil des OLG.'s vom 20. December 1882 no. 105 V. B.

Verwerfung der Revision des Angeklagten.

Gründe:

Die in den Vorinstanzen wegen Betrugsversuchs auf Grund §§ 263 und 43 des StGB.'s ausgesprochene Verurtheilung des Angeklagten in Gefängnißstrafe von sechs Wochen beruht nach Maßgabe des Berufungsurtheils im Wesentlichen auf der Feststellung, daß der Angeklagte, welchem an den Schuhmacher A. eine Miethzinsforderung in Höhe von 25 M. zustand, nachdem diese Forderung in Gemäßheit der Vorschriften in § 730 der CPO. zu Gunsten des Gemeinderaths zu St. im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet und demzufolge dem genannten A. Seiten des Vollstreckungsgerichts verboten worden war, an den Angeklagten zu zahlen, während diese Pfändung noch in rechtlicher Wirksamkeit bestand, genannten A. in der Absicht, dessen Vermögen zu beschädigen und sich selbst einen rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen, unter Vorspiegelung der unwahren Thatsache, daß die Pfändung aufgehoben sei, und er seine Verbindlichkeit gegen den Gemeinderath zu St. erfüllt habe, zu Bezahlung des Betrags der gepfändeten Forderung an ihn selbst, den Angeklagten, aufgefordert habe, ohne daß jedoch A. dieser Aufforderung,

da er jener Vorspiegelung keinen Glauben schenkte, Folge geleistet hat.

Die Revision des Angeklagten bestreitet das Vorhandensein der Thatbestandserfordernisse eines versuchten Betrugs und insbesondere den Umstand, daß die ihm zur Last gelegte Handlungsweise, wenn sie den von ihm nach der Beweisannahme der Berufungsinstanz beabsichtigten Erfolg, den A. über die vorgespiegelten Thatsachen in Irrthum zu versetzen und dadurch zur Bezahlung der gepfändeten Forderung an den Angeklagten zu bestimmen, wirklich gehabt hätte, eine Schädigung des Vermögens A.'s herbeigeführt haben würde.

Nach der Auffassung des Berufungsurtheils würde die von dem Angeklagten erstrebte Schädigung des Vermögens A.'s darin bestanden haben, daß A., wie dem Angeklagten bewußt gewesen sei, durch Zahlung der Miethzinsschuld von 25 M. an den Angeklagten von dieser Schuld nicht befreit worden sein, daß er vielmehr, der etwa an den Angeklagten geleisteten Zahlung ungeachtet, während der Dauer der Pfändung der Miethzinsforderung dem Gemeinderathe zu St. zur nochmaligen Zahlung des an den Angeklagten gezahlten Betrags gehalten geblieben sein würde. Nun wird zwar aus den Feststellungen der Berufungsinstanz nicht erkennbar, daß der Gemeinderath zu St. in der Lage gewesen sein würde, den Drittschuldner zur nochmaligen Zahlung der gepfändeten Forderung im Prozeßwege anzuhalten, da nicht festgestellt ist, daß die gepfändete Forderung dem Gemeinderath in Gemäßheit des § 736 der CPO. zur Einziehung überwiesen worden sei, wodurch erst der die Zwangsvollstreckung betreibende Gläubiger ein Klagrecht gegen den Drittschuldner erlangt. Allein das Vermögen A.'s würde auch schon dann geschädigt worden sein, wenn er durch Zahlung der gepfändeten Forderung an den Angeklagten, so lange die Pfändung bestand, von seiner Schuld nicht befreit worden wäre. Die Annahme der vorigen Instanz, daß eine solche Befreiung nicht eingetreten sein würde, ist nicht rechtsirrthümlich. Denn nach § 709 der CPO. erwirbt der Gläubiger durch die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande, mithin durch die in Gemäßheit des § 730 der CPO. bewirkte Pfändung einer Geldforderung ein Pfandrecht an der gepfändeten Forderung, dessen Inhalt sich im Ge-

biete des Königreichs Sachsen nach den in § 503 des BGB.'s bezeichneten Wirkungen der Verpfändung einer Forderung bestimmt. Hiernach hat das Pfandrecht an einer Forderung die Wirkung, daß der Schuldner, sobald er von der Verpfändung in Kenntniß gesetzt worden ist, sich dem Pfandgläubiger gegenüber von seiner Schuld nicht durch Zahlung an Pfandschuldner befreien kann. Vgl.

Siebenhaar, Commentar zum BGB. 1. Band, S. 419 ed. II.

A. würde daher, wenn er, nachdem ihm das gerichtliche Verbot, an den Angeklagten, als Schuldner im Zwangsvollstreckungsverfahren, den rückständigen Miethzins zu bezahlen, zugestellt worden, gleichwohl an den Angeklagten Zahlung geleistet hätte, hierdurch dem Pfandgläubiger gegenüber von seiner Schuldverbindlichkeit nicht befreit worden und der Gefahr ausgesetzt gewesen sein, von dem Pfandgläubiger, welchem die gepfändete Forderung auf seinen Antrag nachträglich noch zur Einziehung überwiesen werden konnte, nach dessen Erfolg auf nochmalige Zahlung in Anspruch genommen zu werden. Von dieser Gefährdung abgesehen, wird aber auch für den Schuldner ein wirklicher Verlust durch Vermögensverminderung dann begründet, wenn die seinerseits gewährte Leistung des Gegenstands der Forderung nicht die Wirkung hervorbringt, ihn seiner Schuldverbindlichkeit gänzlich zu entledigen, so daß es eines näheren Eingehens auf die Frage, ob auch schon durch eine blose Gefährdung fremder Vermögensrechte der Begriff der Vermögensbeschädigung im Sinne von § 263 des StGB.'s erfüllt werde, nicht erst bedarf.

20.

Rechtsirrthümliche Feststellung der Vermögensbeschädigung bei Betrug. (§ 263 des StGB.'s.)

Urtheil des OLG.'s vom 8. November 1882 no. 99 V. B. 1882.

Nach den Feststellungen des angefochtenen Urtheils hat der Angeklagte am 19. November 1881, zu welcher Zeit er in dem Büreau des in sehr guten Vermögensverhältnissen sich befindenden Ingenieur L. in Dresden als Hülfsarbeiter beschäftigt war, um sich die zu Abwendung einer ihm wegen rückständiger Steuern drohenden Zwangsvollstreckung nöthigen Geldmittel zu verschaffen, den Kaufmann

Gustav K. um Darleihung von 100 M. unter Vorspiegelung der falschen Thatsachen, „daß er, der Angeklagte, für L. eine Ausgabe zu besorgen habe, daß er jedoch die hierzu nöthigen 100 M. weder von L. noch von dessen Kassirer, welche Beide abwesend seien, erhalten könne, und daß K. die 100 M. von L. wiedererhalten werde," gebeten, hierdurch aber K. in den Irrthum, daß diese Thatsachen wahr seien, insbesondere, daß das Geld für L. gebraucht werde, und daß dessen Genehmigung der Darlehnsaufnahme unzweifelhaft zu erwarten stehe, versetzt und zur darlehnsweisen Hingabe von 100 M. für L. an den Angeklagten bewogen. Die in Folge hiervon eingetretene Schädigung des Vermögens K.'s erblickt die vorige Instanz lediglich darin, daß K. als Schuldner bezüglich der 100 M. nicht den vermögenden L., welchem er creditiren wollte, sondern den weder moralisch noch ökonomisch creditwürdigen Angeklagten erhalten habe. Die letztere Annahme beruht offenbar auf der Rechtsanschauung, daß, wenn die von dem Angeklagten vorgespiegelten Thatsachen wahr gewesen wären, Schuldner K.'s in Ansehung der darlehnsweise hingegebenen 100 M. nicht der Angeklagte, sondern mehrgenannter L. geworden sein würde.

Diese Auffassung ist, wie von Seiten des Angeklagten bei Begründung der von ihm wegen unrichtiger Anwendung des § 263 des StGB.'s eingelegten Revision mit Recht gerügt wird, rechtsirrthümlich.

Nach Maßgabe der obigen Feststellungen hat der Angeklagte mit K.'n einen Darlehnsvertrag für einen Dritten als Geschäftsführer ohne Auftrag geschlossen und sich als solchen bei Abschluß des Geschäfts zu erkennen gegeben, ohne daß er die vorgegebene Eigenschaft eines Stellvertreters gehabt hat. Geschäftsführung ohne Auftrag begründet zunächst Rechte und Verbindlichkeiten nur zwischen dem Geschäftsführer und dem Geschäftsherrn. Ein Dritter erlangt aus dem mit ihm von dem Geschäftsführer ohne Auftrag abgeschlossenen Vertrage einen unmittelbaren Anspruch an den Geschäftsherrn nur unter der Voraussetzung, daß der Geschäftsherr das geführte Geschäft genehmigt, welchen Falls der Genehmigende nach den Vorschriften über die Geschäftsführung vermöge Auftrags zu beurtheilen ist (§ 1340 des BGB.'s). Selbst die Verwendung in den

Nutzen eines Andern giebt nach § 1357 des BGB.'s einen Anspruch nur dann, wenn der Andere die Verwendung genehmigt. Schuldner K.'s in Ansehung der von Letzterem an den Angeklagten, wenn schon für Rechnung L.'s, darlehnsweise ausgezahlten 100 M. würde daher L. nur dann geworden sein, wenn er den auf seinen Namen mit K.'n von dem Angeklagten abgeschlossenen Darlehnsvertrag genehmigt hätte. Dagegen wurde L. durch den ohne sein Geheiß und Vorwissen von dem Angeklagten mit K.'n abgeschlossenen Darlehnsvertrag an sich in keiner Weise verpflichtet. Vielmehr erzeugte die blose Eingehung des Darlehnsvertrags in der oben beschriebenen äußeren Form, selbst wenn der Angeklagte die Darlehnssumme für L. gebraucht und wirklich dessen Geschäfte geführt hätte, ohne den Hinzutritt der erhofften Genehmigung des Letzteren nur eine Forderung K.'s an den Angeklagten, deren Inhalt sich nach Maßgabe der dahin gehenden Vorschrift in § 789 des BGB.'s bestimmte, daß, wenn Derjenige, welcher den Vertrag als Stellvertreter geschlossen, die vorgegebene Eigenschaft eines Stellvertreters nicht gehabt hat und der Vertrag nicht noch durch den von ihm Vertretenen genehmigt wird, der Stellvertreter dem Andern, mit welchem er den Vertrag geschlossen hat, nach der Wahl des Letztern entweder so, als ob er den Vertrag für seine Person geschlossen hätte, oder für Schadensersatz haftet. Die von der vorigen Instanz auf Seiten K.'s angenommene Vermögensbeschädigung hat daher ihren Grund lediglich darin, daß L. das in seinem Namen von dem Angeklagten aufgenommene Darlehn nicht genehmigt hat, nicht aber darin, daß der Angeklagte sich fälschlicher Weise für den Stellvertreter L.'s ausgegeben und das Darlehn nicht für L.'s Bedürfnisse, sondern zu seinem eigenen Nutzen aufgenommen hat, während das Ausbleiben der Genehmigung L.'s in keinem erkennbaren Causalzusammenhange mit der verübten Täuschung steht, indem theils die Aeußerung des Angeklagten, daß K. die 100 M., um deren Darleihung ihn der Angeklagte bat, von L. wiedererhalten werde, da sie auf eine blose Verheißung für die Zukunft hinauskommt, nicht als auf eine „Thatsache" im Sinne von § 263 des StGB.'s gerichtet angesehen werden kann, theils aber auch L., selbst wenn der Angeklagte das Darlehn zu Bestreitung einer Ausgabe für Ersteren aufgenommen hätte, zur Ge-

nehmigung des geschlossenen Darlehnsvertrags nicht rechtlich verpflichtet war, und daher K., wenn er gleichwohl hierauf seine Hoffnung setzte, sich in einer Selbsttäuschung bewegte.

Wenn demnach die vorige Instanz in ihren derzeitigen Beweisannahmen zur Feststellung desjenigen Thatbestandserfordernisses des Betrugs, welches in der Beschädigung des Vermögens eines Andern besteht, durch Rechtsirrthum gelangt ist, und eine anders geartete Vermögensbeschädigung, insbesondere etwa in der Form einer darin bestehenden Verschlechterung der Vermögenslage K.'s, daß er für die Hingabe baaren Geldes, als eines werthvolleren Vermögensstücks, ein minderwerthiges, nämlich eine unsichere Forderung, erworben habe, welchenfalls freilich auch das Bewußtsein des Thäters von dieser, durch die Irrthumserregung verursachten Vermögensbeschädigung hinzutreten müßte, nicht festgestellt hat, so erscheint die Anwendung des § 263 des StGB.'s auf die dem Urtheile zu Grunde liegenden Feststellungen nicht gerechtfertigt.

Das angefochtene Urtheil war daher nebst seinen Feststellungen aufzuheben, jedoch die Sache, da nicht ausgeschlossen erscheint, daß eine durch die verübte Täuschung verursachte Beschädigung des Vermögens K.'s in anderer Weise festgestellt werden könne, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die vorige Instanz zurückzuverweisen.

21.

Sachbeschädigung. Dolus. Selbsthülfe. (§ 303 des RStGB.'s.)

Urtheil des OLG.'s vom 22. März 1882 no. 9 V. B.

Nach den sich gegenseitig ergänzenden Feststellungen der Vorinstanzen gilt als erwiesen, daß die Angeklagte verw. W., welche mit der Familie ihrer Tochter, verehel. St., das Hinterhaus des aus einem Vorderhause und einem Hinterhause bestehenden, dem Weißwaarenhändler T. gehörigen Hausgrundstücks zu G. bewohnt, am frühen Morgen des 6. Oktober 1881 mit einer Art die Füllung des einen Theils der dreitheiligen Hinterthür des gedachten Vorderhauses durchgeschlagen und diese Thür auch sonst noch beschädigt hat. Veranlaßt wurde dieser Vorgang dadurch, daß, wie ebenfalls festgestellt ist, T. durch Abschließung der Hinterthür des Vorderhauses während

der Nachtzeit von Abends 10 bis Morgens 5 Uhr den Bewohnern des Hinterhauses den Zugang zum Vorderhause und zur Straße versperrt hatte. Dessenungeachtet betrachten die vorigen Instanzen ferner als erwiesen, daß die Angeklagte die beschriebene Beschädigung einer fremden Sache nicht blos vorsätzlich, sondern auch rechtswidrig und mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit begangen habe. Nach Ansicht der ersten Instanz Bl. bedarf die Rechtswidrigkeit des Gebahrens keines weiteren Nachweises, nachdem T. bestätigt habe, daß die Füllung der Thür erst dann eingeschlagen worden sei, „nachdem er sich bemerklich gemacht habe und die W. zunächst zu gewärtigen gehabt hätte, daß er durch Oeffnung der Thür das von ihr, wie sie zu erkennen gegeben, gewünschte Begängniß ermöglicht hätte." Die zweite Instanz aber betont Bl. noch besonders das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit und folgert dasselbe namentlich daraus, daß die Angeklagte alsbald, „nachdem T. sich ihr bemerklich gemacht und sie nun das baldige Oeffnen der Thür erwarten konnte", dieselbe eingeschlagen habe.

Auf Grund dieser Feststellungen ist die mehrgenannte verw. W. wegen Vergehens wider § 303 des StGB.'s in Geldstrafe von 15 M. verurtheilt worden.

Die Revision der Angeklagten rügt unrichtige Anwendung des § 303 des StGB.'s. Das Rechtsmittel erscheint auch insoweit begründet, als die erwähnten Feststellungen keine genügende Unterlage für das Merkmal der Rechtswidrigkeit der Beschädigung, sowie dafür, daß der Angeklagten das Bewußtsein solcher Rechtswidrigkeit beigewohnt habe, enthalten.

Die vorigen Urtheilsgründe geben nicht einmal darüber Auskunft, ob die Angeklagte nebst der Familie ihrer Tochter das Hinterhaus des T.'schen Hausgrundstücks miethweise bewohnt habe. Will man aber davon ausgehen, daß zwischen den Bewohnern des Hinterhauses und dem genannten T. ein Miethverhältniß bestanden habe, so ist nicht erkennbar, aus welchem Grunde T. sich für berechtigt erachtet habe, den Bewohnern des Hinterhauses während der Nachtzeit durch Abschließung der Hinterthür des Vorderhauses den Zugang zu letzterem und der Straße zu versperren, und ob ihm etwa für

dieses Gebahren eine Bestimmung des Miethvertrags zur Seite gestanden habe. Ebensowenig ist Etwas darüber festgestellt, ob etwa T. neben der von ihm getroffenen Vorrichtung die Bewohner des Hinterhauses, für welche allem Anscheine nach der Durchgang durch das Vorderhaus den einzigen Ein- und Ausgang von und nach der Straße bildete, in den Besitz genügender Oeffnungsmittel gesetzt habe. Hätte T. nach dieser Richtung keine Vorsorge getroffen, und wäre es wahr, was die Angeklagte Bl. behauptet, daß sie bei Ermiethung ihrer Wohnung im Hinterhause einen Schlüssel blos zur Vorderthür des Vorderhauses erhalten habe, oder wäre T. zu jener Absperrung der Bewohner des Hinterhauses überhaupt nicht berechtigt gewesen, so würde er durch dieselbe die ihm nach § 1196 des BGB.'s als Vermiether obliegende Verpflichtung, die vermiethete Sache während der ganzen Dauer des Vertrags so zu gewähren, daß sie dem Miether zu der bezweckten Benutzung dienen könne, in auffälliger Weise aus den Augen gesetzt haben. Es könnte daher, wenn der Fall so läge, wohl in Frage kommen, ob nicht die Angeklagte durch gewaltsame Beseitigung des die freie Zugänglichkeit ihrer Miethwohnung beschränkenden Hindernisses, wodurch sie nach ihrem Anführen Bl. außer Stand gesetzt wurde, rechtzeitig ihrem Berufe nachzugehen, zumal sie in Folge thatsächlich vorliegender Freiheitsberaubung nicht in der Lage war, die Hülfe der Obrigkeit nachsuchen zu können, nur einen Act erlaubter Selbsthülfe nach Maßgabe der Vorschriften in § 179 des BGB.'s ausgeübt habe, welchenfalls die objective Rechtswidrigkeit der Beschädigung aufgehoben werden würde. Diese Frage bedurfte um so mehr der Beantwortung, als aus dem Ausspruche der ersten Instanz Bl. über die Ermöglichung des von der Angeklagten gewünschten Begängnisses durch Eröffnung der Thür hervorgeht, daß sie die fragliche Thür eingeschlagen habe, um dadurch den Ausgang in das Freie zu gewinnen. Zum mindesten wirft sich hierbei die Frage auf, ob nicht die Angeklagte so, wie geschehen, in der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausschließenden Meinung und Absicht, erlaubte Selbsthülfe auszuüben, gehandelt habe. Jedenfalls aber wird das von den vorigen Instanzen angenommene Bewußtsein der Angeklagten von der Rechtswidrigkeit ihrer Handlungsweise damit, daß sie, bevor von ihr die Thür eingeschlagen wurde, zu gewärtigen gehabt habe, daß

T. durch Eröffnung der Thür das von ihr gewünschte Begängniß ermöglichen werde, oder daß sie das baldige Oeffnen der Thür habe erwarten können, in völlig ungenügender und den rechtlichen Erfordernissen des bei Verübung des in § 303 des StGB.'s bezeichneten Vergehens in Betracht kommenden rechtswidrigen Vorsatzes nicht entsprechender Weise begründet, indem nicht erhellt, ob die vorerwähnten Aussprüche nur objectiv oder auch subjectiv in dem Sinne zu verstehen seien, daß die Angeklagte das Oeffnen der Thür auch nach ihrer Vorstellung erwartet und vorausgesetzt habe. Letzteres erscheint aber um so zweifelhafter, als nicht festgestellt ist, daß T., als die Angeklagte ihrem Verlangen, herausgelassen zu werden, durch Pochen an der Hinterthür Ausdruck gab, zur Eröffnung derselben sich bereit erklärt habe, was darin allein, daß er „sich der Angeklagten bemerklich gemacht und nach dem Grunde des Spectakels gefragt" habe, nicht gefunden werden kann.

Das angefochtene Urtheil war daher sammt seinen Feststellungen aufzuheben und die Sache behufs erneuerter Instruction in den vorstehend bezeichneten Richtungen zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz an die Strafkammer des LG.'s L. zurückzuverweisen.

22

Ueberschreitung erlaubter Selbsthülfe. Ideelle Concurrenz zwischen Sachbeschädigung und Uebertretung gegen § 368 Ziff. 7 des StGB.'s. (§§ 303, 368⁷, 73 des StGB.'s, § 368 der StPO.)

Urtheil des OLG.'s vom 9. August 1882 no. 61 V. B.

Die vorige Instanz hat angenommen, daß der Angeklagte bei der vorsätzlichen Tödtung der beiden dem Gutsbesitzer R. und dem Mühlenbesitzer H. gehörigen Hunde sich nicht in der Ausübung berechtigter Selbsthülfe befunden, zum mindesten aber dadurch das Recht der Selbsthülfe überschritten habe. Diese Annahme gehört dem Gebiete des Thatsächlichen an, und ist daher an sich der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen. Es läßt sich aber auch nicht erkennen, daß diese Annahme nach irgendwelcher Richtung hin auf rechtsirrthümlichen Prämissen beruhe, vielmehr ist das Berufungsgericht zu dieser

Annahme durch die vorausgeschickten weiteren thatsächlichen Feststellungen gelangt, daß der Angeklagte, obwohl ihm bekannt gewesen, daß und auf welche Art und Weise fremde Hunde mit Leichtigkeit in sein Gutsgehöfte eindringen, und hierdurch Zugang zu der ihm gehörigen zu damaliger Zeit läufischen Hündin finden konnten, die erforderlichen Veranstaltungen zur Verhinderung dieses Eindringens, insbesondere durch bessere Verwahrung des Eingangsthores zu treffen unterlassen, daß er ferner die läufische Hündin in dem Gehöfte an die Kette gelegt und dieselbe auf diese Weise fremden Hunden sichtbar und leichter zugänglich gemacht, sowie endlich, daß er ein Einschreiten der Polizeibehörde gegen das freie Umherlaufen fremder Hunde nicht veranlaßt habe. Wenn nun diesen Thatsachen gegenüber das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer berechtigten Selbsthülfe bei der von dem Angeklagten vorsätzlich bewirkten Tödtung jener Hunde als nicht vorhanden angesehen hat, so läßt sich hieraus ein Rechtsirrthum um so weniger herleiten, als das Gesetz (BGB. § 182) die Tödtung der Thiere Anderer zum Zwecke des Schutzes der eigenen Person und des Vermögens nicht schlechthin, sondern nur, soweit nöthig, also nur für den Fall gestattet, daß dieser Zweck auf andere Weise nicht erreicht werden kann.

Insoweit daher die eingelegte Revision darauf gestützt worden, daß rechtsirrthümlich die Voraussetzungen der erlaubten Selbsthülfe als nicht vorhanden erachtet worden, stellt dieselbe sich als unbegründet dar. Dagegen war der anderweite Revisionsgrund, welcher dagegen gerichtet ist, daß neben der Strafe für die Sachbeschädigung, deren der Angeklagte für schuldig erachtet worden, noch besonders eine Strafe für die ihm beigemessene Uebertretung nach § 368[7] des StGB.'s ausgeworfen worden sei allerdings für beachtlich zu befinden.

Es handelt sich bei der wider den von N. erhobenen Anklage überhaupt nur um die Abgabe zweier Schüsse, nämlich derjenigen beiden Schüsse, von welchen der eine die Tödtung des N.'schen, der andere die des H.'schen Hundes herbeigeführt hat. Die Verletzung der Strafbestimmungen der §§ 303 und 368 unter 7 des StGB.'s, welchen das Gebahren des Angeklagten unterstellt worden ist, erfolgte daher sowohl in dem einen, wie in dem anderen Falle durch eine und dieselbe Handlung, nämlich durch die Abgabe des betreffenden

Schusses, und es durfte mithin nach dem klaren Wortlaute der Vorschrift des § 73 des StGB.'s nur je Eine Strafe für die dabei concurrirenden Verletzungen jener beiden Strafgesetze bestimmt werden. Wenn das Berufungsgericht durch den Stand des Rechtsmittels in der Berufungsinstanz mit Rücksicht auf die Bestimmung in § 368 der StPO., wornach der Prüfung des Gerichts das angefochtene Urtheil nur insoweit unterliegen soll, als es angefochten, sich behindert gesehen hat, in dieser Weise zu erkennen, so ist dem einzuhalten, daß mit jener Formvorschrift eine derartige Beschränkung des Berufungsgerichts, welche zugleich die Verletzung von Vorschriften des materiellen Rechts nach sich ziehen würde, nicht beabsichtigt worden ist, die Zuständigkeit des Berufungsgerichts sich vielmehr auch auf den nicht angefochtenen Theil eines Urtheils erstreckt, insoweit dies durch die Abänderung des angefochtenen Theiles bei dem untrennbaren Zusammenhange beider Theile aus Gründen materiellen Rechts geboten ist. Vgl.
v. Schwarze, Commentar zur StPO. zu § 368 unter 6.

Hiernach ist von der vorigen Instanz dadurch, daß dieselbe außer der wegen Sachbeschädigung erkannten Strafe noch eine besondere Strafe wegen der Uebertretung des § 368 unter 7 des StGB.'s, beziehentlich unter Erhöhung der in erster Instanz hierüber erkannten, hat bestehen lassen, eine Gesetzesverletzung durch Nichtanwendung der Bestimmung des § 73 des StGB.'s auf die dem Urtheile zu Grunde liegenden Feststellungen verhangen worden, welche zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung führen mußte.

Civilprozeß.

37.

Mehrkosten, welche durch mangelhafte Zustellung Seiten des Gerichtsvollziehers entstehen, sind nicht erstattungsfähig; §§ 87, 152 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Senat) vom 20. Febr. 1883 no. 26 I. C. 1883.

In Sachen L. W., Klägerin, gegen H., Beklagten, wird die gegen den Kostenfestsetzungsbeschluß des Landgerichts zu P. vom 25. Jan. 1883 Seiten der Klägerin rechtzeitig eingewendete sofortige Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen und der Klägerin die Tragung der Kosten ihres erfolglosen Rechtsmittels nach § 92 der CPO. und § 45 des GKG. auferlegt.

Denn nach § 87 der CPO. hat die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreites dem Gegner nur insoweit zu erstatten, als dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren. Letzteres läßt sich aber nicht sagen von einem Mehraufwande an Kosten, welcher dadurch entstanden ist, daß der von der obsiegenden Partei beauftragte Gerichtsvollzieher (§ 152 der CPO.) eine Zustellung dergestalt mangelhaft, also nicht zweckentsprechend, ausgeführt hat, daß eine Wiederholung der Zustellung erfolgen mußte. Ist dadurch die Nothwendigkeit entstanden, vermehrte Kosten aufzuwenden, so sind diese Mehrkosten doch nicht zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung an sich, sondern nur zu Heilung eines bei letzterer untergelaufenen Mangels nothwendig geworden. Es fehlt mithin an einem Rechtsgrunde, welcher für einen solchen Aufwand die unterliegende Partei haftbar machen könnte und kann derselben daher auch dessen Erstattung nicht angesonnen werden. Vielmehr muß es der obsiegenden Partei überlassen bleiben, wegen dergleichen durch ihren Beauftragten verschuldeter Mehrkosten, soweit sie damit fortzukommen gedenkt, sich an Letzteren zu halten.

38.

Die Einwendung des Schuldners im Zwangsvollstreckungsverfahren, daß die Vollstreckungsclausel nicht zu ertheilen gewesen wäre, kann keinen Einwand gegen die **Art und Weise der Zwangsvollstreckung** oder das bei derselben **vom Gerichtsvollzieher** zu beobachtende Verfahren (§ 685 der CPO.) begründen; jene Einwendung ist von dem Gerichte zu erledigen, von dessen **Gerichtsschreiber** die Vollstreckungsclausel ertheilt worden ist. (§ 668 der CPO.)

Beschluß des OLG.'s (I. Senat) vom 21. Febr. 1883 no. 26 I. C. 1883

Gegenwärtig steht nur zur Entscheidung, ob der Bl. von dem Konkursverwalter zunächst an das Amtsgericht F., als Vollstreckungsgericht, gestellte Antrag auf Aufhebung der Bl. wider den Beklagten*) am 2. Aug. 1882 vollzogenen Mobiliar-Zwangsvollstreckung gerechtfertigt sei. In Bezug auf diesen Antrag aber ist den Gründen, aus denen solcher vom Amtsgerichte F. zurückgewiesen worden ist, im Wesentlichen beizutreten. Denn derselbe bezieht sich nicht, wie die hierbei maßgebende Vorschrift in § 685 der CPO. voraussetzt, auf die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder auf das vom Gerichtsvollzieher bei derselben beobachtete Verfahren, sondern stützt sich lediglich darauf, daß in Folge angeblich unwirksamer Zustellung des Versäumnißurtheils vom 29. Juni 1882 die zu demselben später vom Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts ertheilte Vollstreckungsclausel zuläßigerweise nicht habe ertheilt werden können. Dies aber ist eine Frage, deren Prüfung dem Gerichtsvollzieher nicht obliegt, welche derselbe vielmehr zu seiner Entschließung gar nicht würde ziehen können, ohne in den Wirkungskreis des Landgerichts als Prozeßgericht (§ 668 der CPO.) unstatthafterweise einzugreifen (v. Sarwey, die CPO., Th. 2 S. 141 not. 2 zu § 685 und S. 127 not. 2 zu § 668 — Struckmann und Koch, die CPO. (II. Ausg.) S. 578 not. 1 § 685 bis 689, S. 579 not. 2 § 685 und S. 567 not. 2 zu § 668).

Wird dem Gerichtsvollzieher, wie dies nach Bl. der Acten desselben der Fall gewesen ist, eine mit der Vollstreckungsclausel ver-

*) Den nunmehrigen Gemeinschuldner. Die Red.

sehene Urtheilsausfertigung nebst dem dieser zu Grunde liegenden Nachweise erfolgter Zustellung des Urtheils Behufs der Zwangsvollstreckung übergeben, so ist er zu dieser nach § 662 flg., 671 der CPO. dergestalt formell berechtigt, daß die auf Grund dessen von ihm bewirkte Vollziehung der Zwangsvollstreckung Veranlassung zu einer dawider nach § 685 der CPO. zu erhebenden, vom Vollstreckungsgerichte zu erledigenden Einwendung nicht darbietet. Sonstige nach § 685 der CPO. zu beurtheilende Einwendungen sind aber gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers im gegenwärtigen Falle nicht erhoben worden. Mit Recht hat deshalb das Amtsgericht F. den Antrag des Konkursverwalters auf Aufhebung jener Zwangsvollstreckung zurückgewiesen.

39.

Wasserbenutzungsrecht der Adjacenten an Privatflüssen. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen, welche von einem Adjacenten wider den andern zur Abwehr von Störungen in jenem Benutzungsrechte erhoben werden; § 25 der CPO. und Verordnung die Publication des BGB.'s betr. vom 2. Jan. 1863 § 3 bei 5d.

Urtheil des OLG.'s (IV. Senat) vom 29. März 1883 no. 11 O. IV. 1883.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Das Grundstück der Klägerin liegt im Bezirke des Landgerichts Freiberg, das der Beklagten im Bezirke des Landgerichts Leipzig. Klägerin, die obere Adjacentin, klagt gegen die Beklagte, die untere Adjacentin, auf Beseitigung gewisser Störungen in dem ihr, der Klägerin, auf Grund der Adjacenz zustehenden Wasserbenutzungsrechte, welche Störungen durch auf dem Grundstücke der Beklagten angebrachte Wasserbauten verursacht werden. Die mit Rücksicht auf § 25 Abs. 1 der CPO. vor dem Landgerichte Freiberg erhobene Klage wurde allhier abgewiesen; die zweite Instanz wies die hiergegen ergriffene Berufung zurück, aus folgenden

Gründen:

Bei Beurtheilung der jetzt allein vorliegenden Competenzfrage hat man festzuhalten, daß nach den Behauptungen der Klägerin beide

Theile als Eigenthümerinnen solcher Grundstücke in Betracht kommen, welche an dem fließenden Privatwasser der Jahne liegen, und zwar dergestalt, daß die Klägerin die Stelle der oberen, die Beklagte die Stelle der unteren Adjacentin einnimmt.

In dieser Eigenschaft haben sie hinsichtlich der Befugnisse, welche ihnen an diesem fließenden Wasser zustehen, die Normen des Wasserrechtes für maßgebend gelten zu lassen, wie solche den gemeinrechtlich und schon im frühern Sächsischen Rechte zur Geltung gelangten, das Wasserbenutzungsrecht der Adjacenten betreffenden Grundsätzen entsprechen. Denn diese Grundsätze sind, worauf schon die vorige Instanz aufmerksam gemacht hat, durch die das Wasserrecht betreffenden Bestimmungen des BGB.'s in §§ 281 bis 283, 354 bis 356 nicht beseitigt worden,

Annalen des vorm. Oberappellationsgerichts, II. F. Bd. VI. S. 354,

Verordnung, die Publication des BGB.'s betr., v. 2. Januar 1863 § 3 unter 5 d.,

wie denn auch diese privatrechtlichen Normen weder durch das

K. S. Gesetz über Ent- und Bewässerung v. 15. August 1855,

noch auch durch die

Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund v. 21. Juni 1869,

und die

Abänderungen der Gewerbeordnung v. 17. Juli 1878, bez. v. 18. Juli 1881,

alterirt worden sind.

Nach jenen Grundsätzen ist, wie in zahlreichen, zur Veröffentlichung gelangten Präjudicaten wiederholt dargelegt worden ist,

vgl. u. A. angez. Annalen, Bd. VIII. S. 211, 214,

da sich an der unausgesetzt fließenden und sich verändernden Welle und an der durch die Neigung des Flußbettes bedingten Stromkraft ein Eigenthum nicht denken läßt,

angez. Zeitschrift, N. F. Bd. 36 S. 47 flg.

die Berechtigung der Eigenthümer von an fließendem Privatwasser liegenden Grundstücken, das vorüberfließende Wasser zu benutzen, zunächst ein aus dem Eigenthum am Ufer abgeleitetes natürliches Recht. Dasselbe charakterisirt sich seinem materiellen Inhalte und seinem Umfange nach dahin, daß jeder Adjacent an sich die volle

Benutzung des Wassers, bei rationellem Gebahren, beanspruchen und deshalb auch, wenn er des sein Grundstück durchfließenden Wassers bedarf, um ein ihm zugehöriges industrielles Etablissement mittels der Triebkraft des Wassers in Bewegung zu setzen, diejenigen Anlagen auf seinem Grund und Boden errichten kann, die erforderlich sind, um die Wasserkraft zu dem angegebenen Zwecke für ihn nutzbar zu machen,

vgl. angez. Annalen, II. F. Bd. 6 S. 354.

Zugleich aber folgt aus der Gleichheit der Berechtigung der übrigen Adjacenten, daß kein Adjacent befugt ist, das sein Grundstück durchfließende Wasser in einer Weise zu benutzen, die das Wasserbenutzungsrecht der übrigen Adjacenten aufheben würde, und zwar gilt das ebensowohl vom oberen Adjacenten, welcher dem tiefer liegenden Adjacenten das Wasser nicht durch eine dauernde Einrichtung vollständig entziehen darf, als von dem unteren Adjacenten, der seinerseits nichts vornehmen und keine Vorrichtung anbringen darf, wodurch das vorbezeichnete Wassernutzungsrecht des oberen in unzulässiger Weise beschränkt oder gar illusorisch gemacht würde.

Dieses Adjacenzrecht belastet die Grundstücke der Anlieger gegenseitig innerhalb der durch das natürliche Recht ihnen gezogenen Grenzen. Es kann jeder der anliegenden Grundbesitzer vom andern verlangen, daß er sein an sich unbeschränktes Recht auf die Nutzung des durchfließenden Wassers, eben des Adjacenzverhältnisses wegen, in diese Grenzen einschränke. Insbesondere gilt dies auch von mehreren Adjacenten, welche das durchfließende Wasser als Triebkraft benutzen.

Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn (II. Aufl.) S. 255.

Dieses Adjacenzrecht aber ist seiner Beschaffenheit nach zwar ein Annexum des Eigenthums an dem anliegenden Grundstücke, nicht aber ein integrirender selbständiger Theil der Grundstücke;

Zeitschrift &c., N. F. Bd. 36 S. 49 flg.,

es ist ein bloßes Nutzungsrecht, welches zwar den servitutischen Rechten des Römischen Rechtes — inmaßen dieses Vorschriften, welche den Eigenthümer eines Grundstücks in der Benutzung eines durch dasselbe

fließenden Privatgewässers im Interesse der anschließenden Grundeigenthümer beschränkten, nicht enthält,

Windscheid, Pandekten (IV. Aufl.) § 169 I. S. 523, —

nicht beigezählt werden kann;

das aber als ein auf deutschrechtlichen Grundsätzen beruhendes Verbietungsrecht, welches einer Grunddienstbarkeit rechtlich gleichzuachten, sich darstellt,

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts (XIII. Aufl.) § 144 S. 392 a. E.,

dem der nämliche Rechtsschutz zu gewähren ist, wie den eigentlichen servitutischen Rechten,

angez. Annalen, II. F. Bd. IV. S. 347 und VI. S. 356.

Hiernach ist den aus dem Adjacenzrechte hervorgehenden Befugnissen und bez. Beschränkungen der Charakter dinglicher Berechtigungen und bez. Belastungen nicht abzusprechen und wenn daher der eine Adjacent von dem andern im Klagwege verlangt, daß der Letztere einer den Kläger in seinen Befugnissen beschränkenden, bez. benachtheiligenden Wasserbenutzung sich enthalte, bez. Anlagen beseitige, die den Kläger in der Benutzung des Wassers als Triebkraft eines ihm gehörigen Wasserwerks beeinträchtigen, so macht er damit eine dem Beklagten in seiner Eigenschaft als Grundstückseigenthümer zur Last fallende, nach Analogie einer Grunddienstbarkeit zu beurtheilende Verpflichtung geltend. Der Inhalt der hier fraglichen Berechtigungen ist sowohl in Bezug auf das Subject, wie in Bezug auf das belastete Object den eigentlichen Grunddienstbarkeiten so nahe gerückt, daß man,

vgl. v. Gerber l. l.,

keinen Anstand zu nehmen hat, diese Rechte „als Grunddienstbarkeiten zu behandeln".

Wendet sich mithin im vorliegenden Falle die Klägerin gegenüber der Beklagten auf Grund des Adjacenzrechtes im Klagwege gegen die Beklagte, um die Letztere zu nöthigen, daß sie die ihr, der untern Adjacentin, bezüglich ihres überhaupt ihr zustehenden Wasserbenutzungsrechtes gezogenen Grenzen innehalte, weil sie, die untere Adjacentin, durch Ueberschreitung dieser Grenzen die der Klägerin, als der oberen Adjacentin, zustehenden Befugnisse stört, so wendet sie sich als Eigen=

thümerin des berechtigten Grundstücks wider die Eigenthümerin des belasteten Grundstücks. Sie hatte daher auch diese ihre, auf Verfolgung eines nach Analogie einer Grunddienstbarkeit zu beurtheilenden Rechts gerichtete Klage in Gemäßheit des 2. Absatzes des § 25 der CPO. vor demjenigen Gerichte zu erheben, in dessen Bezirk das dienende Grundstück gelegen ist, da jene Vorschriften nicht nur auf eigentliche Grunddienstbarkeiten, sondern auch auf die aus dem Nachbarrechte und allen ähnlichen dinglichen Rechten entspringenden Klagen Anwendung zu leiden haben;

vgl. Gaupp, CPO. Bd. I. S. 88 unter IV.

Liegt nun aber im gegenwärtigen Falle das belastete Grundstück im Bezirk des Landgerichts Leipzig, so gehört die vorliegende Sache nicht vor das Landgericht Freiberg.

Durch die Bezugnahme der Klägerin auf den vorhandenen langjährigen Wasserbesitzstand — die sog. vetustas — wird bezüglich der Competenzfrage etwas nicht geändert. Klägerin selbst sucht, wie aus dem Inhalte ihres Klaggesuches und aus der in der Verhandlung vor der Berufungsinstanz von derselben abgegebenen Erklärung erhellt, jenen Besitzstand nur zur Unterstützung der von ihr auf Grund des natürlichen Adjacenzrechtes geltend gemachten Befugnisse zu verwerthen — eine selbständige weitergehende oder abweichende Befugniß hat sie durch Bezugnahme auf vetustas zu begründen überhaupt nicht unternommen.

Was endlich die Behauptung anlangt, welche die Klägerin in Abschnitt 22 im Klagschriftsatze dahin aufgestellt hat, daß der Vorbesitzer der Beklagten mit dem hierzu beauftragten Ehemanne der Klägerin vereinbart habe: es solle die Einlaßöffnung am Einlaßwehre tiefer gelegt werden, so ist dieselbe, von der übrigens Klägerin in der Berufungsverhandlung selbst erklärt hat, sie enthalte nichts weiter als das außergerichtliche Geständniß einer Turbation, für die hier vorliegende Frage ebenfalls ohne Belang, da auf Klagen, welche die Erfüllung derartiger rein obligatorischer Verpflichtungen betreffen, der (exclusive) dingliche Gerichtsstand, wie ihn § 25 der CPO. geordnet hat, nicht Anwendung leidet, und also auch wegen der auf Erfüllung der hier fraglichen Zusage wider die in Pulsitz wohn-

hafte und ansässige Beklagte gerichteten Klage das Landgericht Freiberg keineswegs für zuständig geachtet werden könnte.

Die Zurückweisung der Berufung mußte hiernach erfolgen ꝛc.

40.

Das Rechtsmittel der Beschwerde unzulässig gegen eine Entscheidung, durch welche auf Grund mündlicher Verhandlung Beweiserhebung angeordnet und zugleich der Antrag der einen Partei: vorerst über einen angeblich präjudiciellen Theil des vom Beweisbeschlusse betroffenen Streitmaterials zu entscheiden, bez. Beweis zu erheben zurückgewiesen wird; § 530 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Senat) vom 12. April 1883 no. 85 I. C. 1883.

In Sachen B. D. in C. Klägers, gegen W. daselbst, Beklagten, wird die von Letzterem gegen den Beschluß des Landgerichts Z. vom 20. März 1883 bei dem Oberlandesgerichte unmittelbar eingelegte Beschwerde als unzulässig verworfen und dem Beklagten gemäß § 92 der CPO. und § 45 des Gerichtskostengesetzes die Tragung der Kosten seines erfolglosen Rechtsmittels auferlegt.

Der Kläger forderte vom Beklagten für Ausführung der in der Rechnung vom 2. Juni 1881, Klagbeilage I., speciell verzeichneten, behufs baulicher Veränderung eines Hintergebäudes in Beklagtens Hausgrundstücke und zu Ausbesserungen am Vordergebäude des letzteren von ihm geleisteten Bauarbeiten die Bezahlung der in derselben Rechnung bei den einzelnen Leistungen und Arbeiten angesetzten Vergütungen mit dem unbezahlt gebliebenen Restbetrage von 527 M. 56 Pf.

In dem Verhandlungstermine vom 16. März 1882 ist mit Rücksicht darauf, daß eine erhebliche Anzahl streitiger Ansprüche sich herausgestellt habe, nach Bl. der Acten Cg. II. 193/81 ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter angeordnet worden. Nachdem dieses Verfahren lt. Bl. am 22. Januar 1883 seinen Abschluß gefunden hatte, ist in der hierauf am 13. März 1883 abgehaltenen mündlichen Verhandlung Bl. das Ergebniß des vorbereitenden Verfahrens von den Parteien auf Grund der darüber aufgenommenen Protokolle vorgetragen, auch vom Beklagten der Antrag gestellt worden, daß „vor

weiterer Beweisaufnahme zunächst eine Entscheidung darüber verkündet werde, ob zwischen den Parteien", — wie vom Beklagten behauptet worden war, — „ein Verdingungsvertrag zum Abschlusse gekommmen sei", wonach die Bauten dem Kläger in Accord gegeben worden und von diesem für die bedungene Gesammtsumme von 600 Mark herzustellen gewesen seien. In dem hierzu auf den 20. März 1883 angesetzten Termine hat sodann die Verkündung des angefochtenen Beschlusses Bl. stattgefunden, Inhalts dessen der vom Beklagten gestellte Antrag, da die über das den qu. Verdingungsvertrag betreffende Anführen des Beklagten benannte Zeugin noch nicht abgehört worden sei und es nach Lage der Sache, namentlich mit Rücksicht auf den Schlußsatz des Sachverständigen-Gutachtens angemessen erscheine, alle angebotenen, erheblichen Beweise aufzunehmen und sodann über sämmtliche Streitpunkte gleichzeitig zu erkennen, vom Landgerichte zurückgewiesen und gleichzeitig über eine große Anzahl streitiger Behauptungen beider Parteien, — darunter auch über das den qu. Verdingungsvertrag betreffende Anführen des Beklagten, — die Erhebung der angebotenen Beweise beschlossen woroen ist.

Mit der hiergegen eingelegten Beschwerde beantragt Beklagter die Ertheilung einer Anordnung dahin, daß zunächst über das Vorhandensein des von ihm behaupteten Verdingungsvertrages zu entscheiden und deshalb der angefochtene Beschluß „entsprechend abzuändern", resp. „ganz aufzuheben", auch dessen Ausführung durch einstweilige Verfügung bis auf Weiteres zu beanstanden sei.

Aus diesem Sachverhalte ergiebt sich ohne Weiteres, daß es sich gegenwärtig nicht um einen der in der CPO. „besonders hervorgehobenen Fälle" handelt, in denen das Rechtsmittel der Beschwerde ausdrücklich nachgelassen ist, s. § 530 Satz 1 der CPO. Es ergiebt sich daraus aber ebenso, daß durch die Entscheidung, gegen welche die Beschwerde des Beklagten sich richtet, zwar ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen worden ist, daß dieselbe jedoch zugleich zu denjenigen Entscheidungen gehört, welche nicht ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, sondern eine solche zur nothwendigen Voraussetzung haben, da der angefochtene Beschluß dazu bestimmt ist, das zufolge der stattgehabten mündlichen Verhandlung des Rechtsstreites erforderliche Beweisverfahren zu ordnen. Darüber

aber, daß gegen derartige Entscheidungen das Rechtsmittel der Beschwerde nach § 530 Satz 2 der CPO. nicht Statt hat, läßt sowohl der Wortlaut dieser Gesetzes-Vorschrift, als die derselben in den Motiven dazu gegebene Begründung keinen Zweifel, wie von den Commentatoren der CPO. auch übereinstimmend anerkannt wird,

vergl. die Commentare von v. Sarwey, Bd. 1 S. 712 und 713 nota 3, von Gaupp, Bd. 2 S. 579 flg. bei I. und S. 586, 587 B. nota 2, von Kleiner, S. 604 Abs. 2, von Seuffert, edit. II. S. 654 nota 2, von v. Bülow, edit. II. S. 402 nota 1 a. E., von Petersen, edit. II. S. 766 flg. nota 1 und 2 und Struckmann & Koch, edit. IV. S. 575 flg.

Demzufolge war die Beschwerde des Beklagten nach § 537 der CPO. als unzulässig zu verwerfen, ohne daß es des Eingehens auf die Frage bedurfte, inwieweit dem Verlangen des Beklagten in sachlicher Hinsicht auch die Bestimmung in § 325 der CPO. entgegenstehe.

41.

Gesichtspunkte betreffs der Erstattungsfähigkeit der Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts; § 87 Abs. 2 der CPO.

Beschluß des OLG.'s (I. Senat) vom 26. April 1883 no. 102 I. C. 1883.

Der Kläger fühlt sich dadurch beschwert, daß ihm die unbestritten in taxmäßiger Höhe angesetzten Kosten der Reisen eines von dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten mit Vertretungsvollmacht versehenen Referendars von Leipzig nach G. und L., wo derselbe alsdann den vor den dortigen Amtsgerichten auf Anordnung der Berufungsinstanz stattgehabten Beweisaufnahmeterminen beigewohnt hat, zur Erstattung auferlegt worden sind; er will diese Kosten ausgeschieden haben, weil die Vertretung durch einen der am Sitze der beauftragten Gerichte wohnhaften mehreren Rechtsanwälte habe erfolgen können. Nach § 87 Abs. 2 der CPO. unterliegen im Gegensatz zu den Gebühren und den sonstigen Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei, welche in allen Prozessen zu erstatten sind, die Reisekosten eines auswärtigen Anwalts nur insoweit der Erstattung, als die Zuziehung desselben nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechts-

verfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig gewesen ist. Nach diesen Bestimmungen, welche auch auf den Vertreter eines Rechtsanwalts in dem Sinne des § 25 Abs. 3 der Rechtsanwaltsordnung Anwendung zu finden haben (vergl. Meyer, Rechtsanwaltsordnung zu § 25 nota 5, Gaupp, Commentar zur CPO. Bd. I. zu § 87 unter V. a. E.), stellen sich die fraglichen Kosten an sich nicht als erstattbar dar; denn es sind zu der Zeit, wo die betreffenden Beweisaufnahmen stattgefunden haben, sowohl in G., als in L. und zwar hier neben dem Anwalte Klägers eine Mehrzahl von Rechtsanwälten wohnhaft gewesen und es läßt sich aus dem Inhalt des Beweisbeschlusses, auf welchem die Beweisaufnahmen beruht haben, nicht ersehen, daß die Vertretung des Beklagten je einem der an den beiden Orten wohnhaften Rechtsanwälte aus sachlichen Gründen füglich nicht habe übertragen werden können. Indessen ist hierbei nicht außer Acht zu lassen, daß, wäre Letzteres geschehen, hierdurch wieder Gebühren und Auslagen der beauftragten Rechtsanwälte und Auslagen des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten entstanden sein würden, welche als nothwendig im Sinne des § 87 der CPO. und deshalb als erstattbar angesehen werden müßten, da dem Beklagten nach § 322 der CPO. das Recht zustand, den Beweisaufnahmen beizuwohnen und er zur Ausübung dieses Rechts sich eines Rechtsanwalts als Vertreters bedienen durfte. Hieraus folgt bei Ausübung des in § 87 der CPO. bestimmten freien Ermessens, daß der Betrag jener Reisekosten nicht schlechthin, sondern nur insoweit in Wegfall zu stellen ist, als er diejenigen Kosten übersteigt, welche erwachsen sein würden, wenn der zuletztgedachte correcte Weg eingeschlagen worden wäre. Im vorliegenden Falle sind von dem Beklagten neben der nach § 13 unter 4 berechneten Beweisgebühr von 12 M. — Pf., welche Kläger nicht angefochten hat, noch die 57 Mark 45 Pf. betragenden Reisegebühren, also im Ganzen 69 M. 45 Pf. angesetzt worden.

Wäre die Vertretung des Beklagten in beiden Beweisaufnahmeterminen Rechtsanwälten in G. und L. übertragen worden, so würde ein jeder dieser Rechtsanwälte nach § 45 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte

12 Mark Beweisgebühr
12 „ Prozeßgebühr

haben ansetzen dürfen. Berechnet man hiernächst die durch die Corre-

spondenz entstehenden Auslagen an Schreibegebühren und Postgebühren für beide Fälle auf zusammen 4 M., so würde sich in dem gedachten Falle der gesammte Kostenaufwand auf 52 M. belaufen haben.

42.

Zur Frage über die Festsetzung des Werthes des Streitgegenstandes in Ehesachen; § 10 des GKG.'s.

Beschluß des OLG.'s (I. Senat) vom 7. Mai 1883 no. 107 bis 110 I. C. 1883.

Die Beschwerden, welche der Rechtsanwalt X. zu Z. auf Grund von § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte gegen die Bestimmung des Werthes des Streitgegenstandes in den Ehesachen der K. und der F.'schen Eheleute nach Bl. der Acten des Landgerichts L. E. 91/82 und nach Bl. der Acten desselben Landgerichts E. 298/82 erhoben hat, sind nicht für begründet befunden worden. Das Gerichtskostengesetz bestimmt in § 10, daß bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen der Werth des Streitgegenstandes zu 2000 M., ausnahmsweise niedriger oder höher, jedoch nicht unter 500 M. und nicht über 50000 M. angenommen werden solle. Die CPO. giebt für die Berechnung solcher nicht vermögensrechtlichen Ansprüche keine Vorschriften und deshalb hat sich der Richter an den Wortsinn der Vorschrift in § 10 zu halten, wornach die Bestimmung auf 2000 M. die Regel, eine höhere oder niedere Schätzung aber die Ausnahme bilden soll. Es würde nicht gerechtfertigt sein, wenn in Ehesachen die Ausnahmefälle lediglich nach Maßgabe der Vermögensverhältnisse der Ehegatten ausgewählt würden und noch weniger, wenn innerhalb der in § 10 angegebenen äußersten Grenzen der Werth des Streitgegenstandes den concreten Vermögensverhältnissen entsprechend abgestuft würde. Der § 10 handelt nicht allein von Ehesachen, sondern umfaßt alle nicht vermögensrechtlichen Ansprüche, also die Statussachen im weiteren Sinne des Wortes, streitige Genehmigungen der Eheschließung, Entmündigungssachen, Klagen auf Uebernahme des Amtes eines Testamentsvollstreckers und dergl. So wenig sich sagen läßt, daß für alle Ehesachen oder nur für eine große Zahl derselben vermögensrechtliche Interessen den Hintergrund bilden, so

wenig läßt sich dies von den vorstehends erwähnten sonstigen nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen behaupten. Für die Ehesachen kann es bei der Schätzung eben so gut auf den Werth ankommen, welchen das eheliche Verhältniß in nicht vermögensrechtlicher Beziehung für die Ehegatten, oder einen der Betheiligten hat, sowie auf die Gründe oder den Grad des Zerwürfnisses, allenfalls auch auf den Umfang der Prozeßverhandlungen; und weil solche Würderungsgründe sich meist nicht sicher abschätzen lassen, ist eben in § 10 des Gerichtskostengesetzes vorgeschrieben, daß nur ausnahmsweise der Satz von 2000 M. verlassen werden solle.

Von diesen Gesichtspunkten aus liegt kein Anlaß vor, dem Ermessen, welches das Landgericht L. in den nurbezeichneten Ehesachen gemäß der auch hier anwendbaren Vorschrift in § 3 der CPO. ausgeübt hat, entgegenzutreten.

43.

Innehaltung des Schreibmaßes nach § 80 des GKG.'s und § 76 der GO. für Rechtsanwälte.

Beschluß des OLG.'s (I. Senat) vom 17. Mai 1883 no. 125 I. C. 1883.

Wenn § 80 Abs. 1 des GKG.'s in Verbindung mit § 76 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte bestimmt, daß die Schreibgebühr für die Seite, welche mindestens 20 Zeilen von durchschnittlich 12 Silben enthält, zehn Pfennige beträgt, so hat damit nur im Allgemeinen das bei der Berechnung der Schreibgebühren zu Grunde zu legende Schreibmaß, welches die Beseitigung unnützer Weitläufigkeiten in der Schreibweise und Beschränkung des hierdurch entstehenden höheren Aufwandes für Copialien bezweckt, normirt, nicht aber auch, wie sich aus Abs. 2 des § 80, wonach jede angefangene Seite voll berechnet wird, entnehmen läßt, unter allen Umständen der Betrag der für eine Seite in Ansatz zu bringenden Schreibgebühr von der genauen Beobachtung jener Vorschrift, — welche eine vom Gesetze voraussetzlich nicht beabsichtigte Auszählung der einzelnen Zeilen und Silben erfordern würde — abhängig gemacht werden sollen. Denn jenes Schreibmaß wird dann in der Regel nicht eingehalten werden können, wenn der vorbereitende Schriftsatz, wie im vorliegenden

Falle, außer einer fortlaufenden Darstellung des Sach- und Streitstandes unter Freilassung eines für die Bestimmung des Termins nothwendigen Raumes noch im Eingange die nach § 121 no. 1 der CPO. erforderlichen Angaben, sowie unter den Urkunden, auf welche Bezug genommen wird, die abschriftliche Beifügung einer Rechnung (Anlage C. Bl.) enthält, und dabei gleichzeitig sowohl, was seine äußere Form anlangt, als auch hinsichtlich der wünschenswerthen Uebersichtlichkeit seines Inhalts, — welche, wollte man bei der Abschrift einer Rechnung das gesetzliche Silbenmaß einer Zeile beobachten, vollständig verloren gehen würde — den zu stellenden Anforderungen genügen soll.

Bei dieser Sachlage aber einen Verstoß gegen das vorgeschriebene Silbenmaß, welcher den Ansatz der vollen Schreibgebühr als unstatthaft erscheinen ließe, erblicken zu wollen, würde zu weit gehen und dem Sinne der Bestimmung in § 80 des GKG.'s nicht entsprechen. Es waren daher, da sich durch Addition der einzelnen Zeilen der Klageschrift nebst Beifugen (Bl.) und der zweimaligen Abschriften dieser Schriftstücke ergiebt, daß jeder der fraglichen Schriftsätze einen Umfang von etwas über 7 Seiten, die Seite zu 20 Zeilen gerechnet, enthält, die der Klägerin vom Beklagten zu erstattenden Kosten anstatt auf 33 M. 95 Pf., wie in dem angefochtenen Beschlusse geschehen, dem Ansatze in der klägerischen Kostenrechnung gemäß auf 34 M. 25 Pf. festzusetzen.

Handels- (und Wechsel-) Recht.

7.

Thatsächlicher Verzicht auf die aus Art. 289 des D. HGB.'s herzuleitende Zinsenforderung.

Urtheil des OLG.'s (IV. Senat) vom 10. Febr. 1883 no. 43 O. IV. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist zu gedenken:

Kläger, bisheriger Agent Beklagtens, fordert nach Auflösung der Geschäftsverbindung von Letzterem seine rückständige Provision sammt 6 Procent Zinsen vom Tage der Fälligkeit an auf Grund Art. 289

und 287 Abs. 1 des D. HGB.'s — Die erste Instanz hat in Bezahlung des Hauptstammes und in die geforderten Zinsen vom Tage der Klagzustellung an verurtheilt, wegen der übrigen Zinsen aber die Klage abgewiesen. Die hiergegen vom Kläger eingelegte Berufung wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

Es ist dem Kläger zuzugeben, daß derselbe an sich berechtigt erscheinen würde, von seiner Provisionsforderung, soweit solche bereits vor dem 1. April 1882 fällig geworden ist, Zinsen zu 6 Procent auf die Zeit vom genannten Tage an zu beanspruchen. Denn beide Parteien sind Kaufleute und die Provisionsforderung ist aus einem beiderseitigen Handelsgeschäfte entsprungen. Es treffen mithin an sich die Voraussetzungen des Art. 289 und des Art. 287 Abs. 1 des HGB.'s zu. Man hat jedoch der vorigen Instanz darin beizupflichten gehabt, daß nach den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen angenommen werden muß, der Wille der Parteien sei übereinstimmend dahin gegangen, daß die Provisionsforderung des Klägers an sich eine unverzinsliche sein, die Vorschrift des Art. 289 des HGB.'s also auf dieselbe nicht Anwendung leiden solle. Dieser Wille der Parteien bedurfte nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. § 98 des BGB.'s) keiner ausdrücklichen Kundgebung. Er konnte mit gleicher Rechtswirksamkeit auch in concludenten Thatsachen sich aussprechen. Thatumstände dieser Beschaffenheit liegen aber genügend vor. Im Verlauf der ganzen, nach Abbruch der beiderseitigen Geschäftsverbindung zwischen den Parteien gewechselten Correspondenz, welche die Feststellung der dem Kläger noch zukommenden Provisionsforderung zum Zweck und Gegenstand hatte, ist von Seiten des Klägers ein Anspruch auf Verzinsung der bereits fälligen und unbestrittenen Provisionsbeträge nicht geltend gemacht worden. Derselbe hat vielmehr nicht nur den wiederholt übersendeten Berechnungen des Beklagten, in welchen dieser sich lediglich zur Zahlung gewisser Provisionsbeträge, ohne Zinsen, erbot, nicht widersprochen, sondern sich fort und fort darauf beschränkt, bei Uebersendung der von ihm aufgestellten Provisionsberechnungen die Zahlung des Stammbetrags dieser Provisionsforderungen zu verlangen.

Wenn jedoch einverstandener Maßen bis zum Abbruch der Geschäftsverbindung von den einzelnen Provisionsbeträgen Zinsen nie gefordert, noch gewährt worden sind, so durfte der Beklagte in dem obgeschilderten Verhalten des Klägers, in Betracht, daß es bei dieser Correspondenz sich darum handelte, den Umfang der Forderungen des Klägers festzustellen, hierfür aber nicht nur der Betrag der Stammforderungen, sondern auch der Umstand, ob der Kläger Zinsen beanspruche, augenscheinlich von wesentlicher Bedeutung war, allerdings den Ausdruck des Willens von Seiten des Klägers finden, es sollte mit diesen Provisionsbeträgen ganz ebenso gehalten werden, wie mit den früher erwachsenen, dieselben sollten also nicht als Forderungen gelten, welche vom Augenblick ab ohne Weiteres zu verzinsen seien. Wollte man aber selbst einen Zweifel in dieser Beziehung für nicht ausgeschlossen erachten, so würde doch das von dem Kläger bei Gelegenheit des Zahlungsangebots vom 15. August 1882 betheiligte Verhalten entscheidend in das Gewicht fallen müssen. An diesem Tage ist demselben die Zahlung desjenigen Betrags angeboten worden, welcher, wie der Kläger im gegenwärtigen Prozesse theils ausdrücklich eingeräumt, theils thatsächlich genügend anerkannt hat, ausreichend war, um die bis zu dem erwähnten Tage erwachsene Provisionsstammforderung vollständig zu tilgen. Der Kläger hat die Annahme der Zahlung abgelehnt. Wenn von ihm behauptet worden ist, diese Ablehnung sei um deswillen erfolgt, weil die Vertreter des Beklagten die Zahlung nur unter der auftraggemäßen Bedingung angeboten hätten, daß er, der Kläger, auf alle weiteren Ansprüche verzichte, so kann er mit diesem Anführen kein Gehör finden, da der von ihm unternommene Beweis desselben, wie bereits von der vorigen Instanz richtig gezeigt worden ist. vollständig mißlungen ist, in welcher Beziehung nur noch bemerkt werden mag, daß, haben die Bevollmächtigten des Beklagten nicht die fragliche Bedingung gestellt, Kläger auch seine Weigerung der Annahme der Zahlung nicht auf die Stellung gestützt haben kann. Daß diese Weigerung um deswillen ausgesprochen worden sei, weil der Beklagte Zinsen von den bereits seit mehreren Monaten fällig gewesenen Provisionsbeträgen zu gewähren verbunden sei, ist von dem Kläger nicht behauptet worden. Nach Ansicht der gegenwärtigen Instanz war nun aber der Letztere allerdings verbunden,

glaubte er Zinsen von den verfallenen Provisionsbeträgen fordern zu dürfen, und wollte er diesen Anspruch geltend machen, mit dem bezüglichen Verlangen bei Gelegenheit des mehrgedachten Zahlungsanerbietens hervorzutreten und die Verweigerung der Annahme der Zahlung hierdurch zu motiviren. Sein bis dahin beobachtetes Verhalten legte ihm diese Verpflichtung auf. Er durfte den Beklagten nicht darüber in Ungewißheit lassen, daß die Annahme der Zahlung abgelehnt werden solle, weil er, der Kläger, Zinsen beanspruche. Denn es war immerhin möglich, daß der Beklagte zur Bezahlung dieser Zinsen sich — zur Vermeidung besonderer Streitigkeiten — sofort bereit erklärt hätte. Das Verhalten des Klägers konnte also auf das fernere Handeln des Beklagten bestimmenden Einfluß ausüben. Unter diesen Umständen erforderten jedoch die namentlich im Handelsverkehr gegenseitig zu wahrenden Grundsätze von Treu und Glauben, daß Kläger sich nicht in Schweigen hüllte, sondern seinen Willen klar und deutlich kund gab. Hat er dies nicht gethan, hat er also einen Anspruch auf Zinsen nicht erhoben, so muß er sich auch gegenwärtig die Annahme seines thatsächlichen Einverständnisses damit gefallen lassen, daß seine bis zum 1. April 1882 erwachsenen Provisionsforderungen nicht als ohne Weiteres und ohne einen dem Beklagten etwa zur Last fallenden Verzug, sondern schon auf Grund der Bestimmung in Art. 289 des HGB.'s verzinsliche Forderungen zu gelten haben sollten. Dies aber angenommen, so ist Kläger, da die thatsächliche Zahlungsbereitschaft des Beklagten nach Lage der Sache nicht zu bezweifeln ist, nach § 748 des BGB.'s durch seine Weigerung der Annahme der Zahlung in Annahmeverzug gerathen, und würde schon hiernach für die Zukunft und bis zu einem neu eintretenden, den Zahlungsverzug des Beklagten begründenden Ereignisse jede Verzinsungsverbindlichkeit des Letzteren sich erledigt haben (§ 750 des BGB.'s). Da nun Kläger eingeräumt hat, daß bis zur Klagerhebung eine weitere Zahlungsaufforderung an den Beklagten nicht ergangen ist, so ergiebt sich hiernach von selbst, daß dem Kläger ein Anspruch auf Zinsen für die Zeit vor der erfolgten Zustellung der Klage nicht zusteht. Insoweit daher die eingewendete Berufung zunächst die Zubilligung von Zinsen auf die letztgedachte Zeit bezweckt, ist sie als unbegründet zurückzuweisen gewesen.

8.

Liquidation der Handelsgesellschaft. Der Socius, welchem das Liquidationsgeschäft übertragen wird, hat, im Mangel besonderer Verabredung, keinen Anspruch auf Entgeld für seine Bemühung; Art. 93, 144 des D. HGB.'s·

Urtheil des OLG.'s (II. Senat) vom 2. Juli 1883. no. 84 O. II. 1883.

Entscheidungsgründe.

Wenn das HGB. in Art. 93 Abs. 3 den Grundsatz aufstellt, daß dem einzelnen Gesellschafter für die Bemühungen bei dem Betriebe der Gesellschaftsgeschäfte ein Anspruch auf Vergütung nicht zustehe, hiernächst in Art. 144 anordnet, daß ungeachtet der Auflösung der Gesellschaft bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das Rechtsverhältniß der bisherigen Gesellschafter unter einander die Vorschriften des (den Art. 93 mit enthaltenden) zweiten Abschnitts Anwendung zu leiden hätten, soweit sich aus den besonderen Bestimmungen über die Liquidation oder aus deren Wesen nicht ein Anderes ergebe, so folgt schon hieraus zunächst für den als gesetzliche Regel zu behandelnden Fall, wenn sämmtliche Gesellschafter als Liquidatoren auftreten, daß auch die Bemühungen, denen sie sich hierbei im gemeinsamen Interesse unterziehen, keine Unterlage zu Ansprüchen auf eine Vergütung aus dem Gesellschaftsvermögen abgeben können, gleichviel, in welchem Umfange die einzelnen Betheiligten hierbei im Verhältniß zu einander thätig geworden sein mögen. Daß der Liquidator, als solcher, Anspruch auf Vergütung habe, ist nirgends speciell angeordnet und ebensowenig ergiebt sich ein solcher Anspruch aus dem Wesen der Liquidation. Vielmehr kann es sich nur fragen, ob im einzelnen Falle der Liquidator in der ihm nach Auflösung der Gesellschaft etwa inwohnenden Eigenschaft als selbständiger Kaufmann (Art. 290 des HGB.'s) oder weil er sonst zu den Personen gehört, von denen eine unentgeltliche Dienstleistung sich nicht erwarten läßt (§ 820 des BGB.'s), mit einer Forderung auf Vergütung hervorzutreten in der Lage sei. In dieser Beziehung steht aber dem zeitherigen Gesellschafter die oben hervorgehobene besondere Vorschrift des Art. 93 entgegen, durch welche das allgemeine Princip des Art. 290 für das Verhältniß der Gesellschafter unter sich als unanwendbar ausgeschlossen wird.

Es läßt sich auch nach der Ansicht des Oberlandesgerichts nicht zu-

geben, daß die freiwillige Uebernahme der sämmtlichen Liquidationsgeschäfte von Seiten des einen Gesellschafters und die Uebertragung der damit verbundenen Befugnisse auf ihn von Seiten der übrigen Betheiligten, gleichviel, ob dieselbe auf dem Gesellschaftsvertrage selbst beruhe, oder erst bei Auflösung der Societät vereinbart sei, zu einer wesentlich anderen Beurtheilung des Rechtsverhältnisses führen könne. Ein derartiges Abkommen kann auf sehr verschiedenen Erwägungen beruhen und es ist ganz richtig, daß dasselbe sich vom Standpunkte des ernannten Liquidators aus keineswegs so ohne Weiteres als die Auferlegung einer Last ansehen läßt. Jedenfalls aber haben auch für einen solchen Fall die obengedachten Gesetzesvorschriften für das gegenseitige Verhältniß der zeitherigen Gesellschafter Anwendung zu finden, d. h. der von der Liquidation ausgeschlossene Theilhaber ist in Ermangelung einer entgegengesetzten Willensäußerung des zu ernennenden Liquidators zu der Annahme berechtigt, daß die von diesem zu übernehmenden Liquidationsgeschäfte unentgeltlich besorgt werden, eine Annahme, die möglicher Weise ganz wesentlich auf den einschlägigen Inhalt des Separationsvertrags eingewirkt haben kann.

Gerade der vorliegende Fall ist, wie sowohl der Kläger, als auch die vorige Instanz bereits mit Recht hervorgehoben haben, besonders dazu angethan, die im Vorstehenden entwickelte Auffassung als die der Willensmeinung der Parteien bei Abschluß des Separationsvertrages entsprechende und schon deshalb allein gerechtfertigte erscheinen zu lassen, insofern das Verfahren, welches in den §§ 7 und 9 dieses Vertrages dem ernannten Liquidator zum Zwecke der endlichen Auseinandersetzung mit dem Kläger in ungewöhnlicher, zum Theil auch ganz selbstverständliche Dinge befassender Specialität vorgeschrieben worden ist, und wonach dem Kläger von den eingehenden Geldern nach Befriedigung der besonders namhaft gemachten Gläubiger und seines Saldos aus der letzten Inventur stets die Hälfte wirklich ausgezahlt werden soll, seinem Wortlaute nach mit der Berücksichtigung eines dem Liquidator selbst für seine Bemühungen gutzuschreibenden Honorars nicht wohl in Einklang zu bringen sein würde, wie es denn gegenüber derartig specialisirten Einzelheiten nicht vorausgesetzt werden kann, daß der Beklagte die Erwähnung eines ihm selbst zukommenden Honorars unterlassen haben würde, wenn er bei Abschluß jenes Vertrages den Willen gehabt hätte, mit einer entsprechenden Forderung aufzutreten.

Civilrecht.

22.

Angabe der Höhe der Pachterträgnisse eines verkäuflichen Grundstücks Seiten des Verkäufers bei der Verkaufsofferte enthält an sich noch nicht das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft des Grundstücks im Sinne von §§ 899, 909 des BGB.'s, auch wenn der Kauf auf die Offerte hin zu Stande kommt. — Begründung der Minderungsklage nach §§ 909, 919 des BGB.'s. Einstweilige Verfügung wegen eines derartigen Anspruchs? §§ 814, 819 der CPO.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 19. Juni 1882 no. 92 O I. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

Klägerin schuldet dem Beklagten aus einem im Jahre 1881 mit demselben abgeschlossenen Kaufvertrage über dessen Landgut A. einen Kaufgelderrest von 18000 M., welcher auf dem genannten Gute hypothekarisch eingetragen, mit $4\frac{1}{2}\%$ jährlich zu verzinsen und nach vorgängiger beiden Theilen freistehender sechsmonatiger Kündigung zahlbar ist. Unter der Behauptung, es sei ihr bei Gelegenheit der Verhandlungen, die zu dem Abschlusse des eben bemerkten Kaufvertrages geführt haben, durch den Generalbevollmächtigten des Beklagten H. eine Beschreibung des Landgutes, in welcher unter Anderem auch wegen des zu diesem Gute gehörigen Gasthofes folgender Passus: „der Gasthof massiv ist verpachtet und die Pächterin seit wohl 16 bis 18 Jahren da, sie giebt 250 Thlr., jährlich" sich befunden habe, vorgelegt worden, dieser Passus habe jedoch insofern, als jener Gasthof zur Zeit des Kaufsabschlusses nur gegen einen Pachtzins von jährlich 40 Thlr. an die Wittwe Förster verpachtet gewesen sei, der wahren Sachlage nicht entsprochen, fordert Klägerin von dem Beklagten, daß er eine Minderung des gedachten hypothekarisch versicherten Kaufgelderrestes von 18000 M. um den Betrag von 15000 M. sich gefallen lassen, jeder Verfügung über diesen Kaufgelderrest nach Höhe des bezeichneten Betrages sich enthalten und in die Abschreibung des letzteren von der bestellten Hypothek willigen

solle. Zu dem Minderungsbetrage von 15000 M. gelangt Klägerin dadurch, daß sie die auf 210 Thlr. sich belaufende Differenz zwischen dem in der erwähnten Beschreibung angegebenen und dem nach ihrem Anführen wirklich geleisteten jährlichen Pachtzinse unter Zugrundelegung eines Zinsfußes von 5% capitalisirt und zu der auf solche Weise gewonnenen Summe von 12600 M. noch Zinsen zu 5% vom Tage des Kaufsabschlusses gerechnet, sowie die durch die gerichtliche Verfolgung des Minderungsanspruches erwachsenden Kosten hinzugeschlagen wissen will, was nach ihrer Annahme eine Gesammtsumme von 15000 M. ergiebt. Klägerin hat die diesfallsige Forderung mittelst Klage in einem bei dem Landgerichte D. gegen den Beklagten angestrengten Prozesse, in welchem ein Endurtheil noch nicht ergangen ist, sondern demnächst erst noch Termin zur Fortsetzung der Verhandlung ansteht, geltend gemacht, gleichzeitig aber in der hier zur Entscheidung vorliegenden Differenz behufs Sicherung ihrer im Prozeßwege ausgeführten Rechte den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, welchen sie deshalb für zulässig hält, weil Beklagter, obwohl dessen Vermögensverhältnisse eine Besorgniß zu erwecken nicht geeignet seien, durch Abtretung des mit Hypothek versehenen Kaufgelderrestes an einen gutgläubigen Dritten die Verwirklichung jener Rechte zufolge des im Hypothekenwesen geltenden Principes der Oeffentlichkeit würde vereiteln können. Bei der auf diesen Antrag eingeleiteten mündlichen Verhandlung hat Beklagter unter näherer factischer Begründung behauptet, daß der genannte H. nicht ermächtigt gewesen sei, jene auf das Pachterträgniß des Gasthofs sich beziehenden Angaben zu machen, hat auch durch noch andere hier nicht weiter interessirende Einwendungen sich zu schützen gesucht.

Das obige Vorbringen der Klägerin über den in Ansehung der Hauptsache zwischen den Parteien bereits anhängigen Prozeß ist vom Beklagten als richtig anerkannt, von der Klägerin aber noch ausdrücklich erklärt worden, daß *sie lediglich eine Minderung des noch ungetilgten hypothekarischen Kaufgelderrestes*, nicht dagegen eine sonstige Entschädigung beanspruche.

Das Endurtheil des Landgerichtes Dresden hat die Klägerin mit ihrem Gesuche um Erlaß einer einstweiligen Verfügung kostenpflichtig abgewiesen.

Die hiergegen von der Klägerin eingewendete Berufung wurde vom OLG. zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe.

Klägerin will die Forderung, zu deren Sicherheit die von ihr beantragte einstweilige Verfügung dienen soll, lediglich aus dem Gesichtspunkte eines ihr wegen des Nichtvorhandenseins versprochener Eigenschaften des erkauften Grundstückes zustehenden, den Bestimmungen in §§ 899, 906, 909 und 919 des BGB.'s zu unterstellenden Minderungsanspruches behandelt sehen. Ihre Intention geht hierbei ersichtlich dahin, dem Gegenstande dieses Anspruches insofern, als Beklagter für den Fall seines Unterliegens auch die Abschreibung der Minderungssumme von dem für ihn auf dem erkauften Grundstücke hypothekarisch haftenden Kaufgelderrückstande würde geschehen lassen müssen, den Charakter einer Individualleistung beizulegen, demgemäß aber zur Rechtfertigung einer Sicherheitsmaßregel nur auf das im Grund- und Hypothekenrechte herrschende Princip der Oeffentlichkeit sich beziehen zu dürfen und der Glaubhaftmachung eines aus den Vermögensverhältnissen des Beklagten oder anderen Umständen sich ergebenden besonderen Arrestgrundes überhoben zu sein. Allein dem Minderungsanspruche der Klägerin fehlt es nach Ansicht des Berufungsgerichtes schon an sich an einer genügenden schlüssigen Begründung. Denn wie der Beklagte richtig einhält, läßt sich in der an die Klägerin erfolgten Vorlegung einer Beschreibung des zu erwerbenden Landgutes, welche den seither vereinnahmten Pachtzins für den zu diesem Gute gehörigen Gasthof auf jährlich 250 Thlr. bezifferte, noch nicht eine solche Zusage erblicken, wie sie die angezogenen Bestimmungen des BGB.'s vor Augen haben. Die Höhe des Pachtgeldes, um welches der gedachte Gasthof zur Zeit des Kaufsabschlusses einem Dritten zur Benutzung und Fruchtziehung überlassen war, bildet für sich noch keine „bestimmte Eigenschaft" im Sinne von § 906 des BGB.'s. Der Begriff der bestimmten Eigenschaft setzt eine der bezüglichen Sache bleibend inwohnende, ihren Werth bedingende specielle Qualification voraus. Dieses Merkmal trifft da nicht zu, wo es sich nur um den Betrag der bis zum Kaufsabschlusse von dem Pächter des Kaufsobjectes gewährten Gegen-

leistung handelt. Denn die Höhe der letzteren ist von den verschiedenartigsten Umständen abhängig und der Natur der Sache nach einem mannigfachen Wechsel unterworfen, so daß sie für die Ertragsfähigkeit des Pachtgegenstandes einen festen Maßstab nicht zu bieten vermag. Erst dann würde ihre Erwähnung bei dem Kaufsabschlusse als Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft möglicherweise aufgefaßt werden können, wenn damit eine Garantieleistung für den Fortbestand der bisherigen Pachtrente oder für ein der letzteren entsprechendes Nutzungserträgniß auf eine gewisse Zeit hinaus verbunden worden wäre. Hätte daher auch, wie Klägerin behauptet, die ihr im Verlaufe der Kaufsunterhandlungen über den Betrag des für den miterkauften Gasthof seither entrichteten Pachtzinses gemachte Angabe mit dem wahren Sachstande sich nicht in Einklang befunden, so würde daraus zwar nach Befinden die Berechtigung der Klägerin zur Wiederaufhebung des Kaufgeschäftes oder eine auf die rückständige Kaufgelderpost beim Eintritte ihrer Fälligkeit in Aufrechnung zu bringende Schädenforderung wegen erlittener Täuschung, nicht dagegen der hier ausschließlich erhobene, auf die Bestimmungen in §§ 909 und 919 gestützte Minderungsanspruch ableitbar sein.

Der rechtlichen Beachtung des eben gedachten Anspruches würde aber auch, selbst wenn unter den vorliegenden Umständen von dem Versprechen einer bestimmten Eigenschaft des Kaufsobjectes die Rede sein könnte, das in erster Instanz erwogene, von der Klägerin durch Bezugnahme auf neue thatsächliche Momente nicht beseitigte Bedenken entgegenstehen. Aus den Vorschriften in § 919 verbunden mit § 921 des BGB.'s erhellt, daß der Erwerber einer Sache den bedungenen Kaufpreis zu mindern nicht berechtigt ist, sobald der Werth, welchen die Sache ungeachtet des Nichtvorhandenseins der versprochenen Eigenschaften im Verkehrsleben repräsentirt, dem Erwerbspreise gleichkommt oder ihn übersteigt. Dafür, daß der zwischen den Parteien festgesetzte Kaufpreis des Gutes A. hinter dem wahren Werthe dieses Gutes in dem Falle zurückstehen würde, wenn der in dem Gutscomplexe mit begriffene Gasthof statt um ein Pachtgeld von jährlich 250 Thlr. nur um ein solches von jährlich 40 Thlr. nutzbar zu machen wäre, sind aber von der Klägerin geeignete thatsächliche Momente weder angeführt noch bescheinigt worden. Ebenso ist in

ihrem Vorbringen völlig unmotivirt geblieben, weshalb gerade die capitalisirte Differenz zwischen dem bei den Kaufsverhandlungen zur Sprache gekommenen und dem wirklich gezahlten Pachtgelde des Gasthofes als diejenige Summe, um welche der stipulirte Kaufpreis jenen Taxwerth überschreite, in Anschlag zu bringen und der Klägerin als das ihr wegen des Nichtbestehens eines Pachtverhältnisses von der in der Gutsbeschreibung bezeichneten Art gebührende Aequivalent zuzuerkennen sein soll.

23.

Rechtsanwaltskosten, welche auf Seiten eines Gläubigers durch die Bemühungen eines von ihm zu dem **Antrage auf Eröffnung des Konkurses** und zur Vertretung in dem Verfahren **über diesen Antrag** beauftragten Rechtsanwalts veranlaßt worden sind, gehören **nicht** zu den Massekosten und Masseschulden; §§ 51, 52, 97, 98 der KO.

Urtheil des OLG.'s (I. Sen.) vom 12. October 1882 no. 90 O. I. 1882.

Kläger fordert vom Konkursverwalter des Gemeinschuldners Y. Bezahlung der ihm durch Stellung des Antrags auf Konkurs-Eröffnung erwachsenen Rechtsanwaltskosten, indem er diese Forderung als Massen-Anspruch geltend macht. Ia hat die Klage abgewiesen. Das OLG. hat die dagegen eingewendete Berufung ebenfalls zurückgewiesen. —

Entscheidungsgründe.

Aus den Vorschriften in § 51 unter 1, § 55 unter 1 und § 56 unter 2 der KO. in Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 51 und 82 unter 1 des Gerichtskostengesetzes vom 18. Juni 1878 folgt zwar, daß die gerichtlichen Kosten eines der Eröffnung des Konkursverfahrens vorangegangenen Verfahrens, wie es in den §§ 97 und 98 der KO. vorgesehen ist, zu den Massekosten im Sinne des § 51 und zwar zu der unter 1 aufgeführten Kategorie der gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren zu rechnen sind. Es steht dies auch im Einklange mit der aus § 51 des Gerichtskostengesetzes sich ergebenden Regelung der Erhebung der Gerichtsgebühren für das Konkursverfahren in

der Weise, daß diese Erhebung für dasselbe schon einschließlich des der Eröffnung des Konkursverfahrens vorausgegangenen Verfahrens zu erfolgen hat, dergestalt also, daß auch ein etwaiger gemäß § 82 unter 1 desselben Gesetzes bei dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses erlegter Gebührenvorschuß als ein Theil der gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren und daher auch der Massekosten dieser Kategorie zu gelten hat.

Dafür aber gewährt der Wortlaut und Inhalt der angezogenen Vorschriften keinen Anhalt, daß zu derselben Kategorie auch Rechtsanwaltskosten gehören sollen, welche auf Seiten eines Gläubigers durch die Bemühungen eines von ihm zu dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses und zur Vertretung in dem Verfahren über diesen Antrag beauftragten Rechtsanwalts veranlaßt worden sind. Dergleichen Kosten sind weder Kosten eines Verfahrens, welches nach Zulassung des von dem Gläubiger gestellten Eröffnungsantrags die von Anträgen der Gläubiger an sich unabhängige Erledigung der in den §§ 97 und 98 der KO. vorgesehenen Erörterungen und einstweiligen Anordnungen durch das Gericht zum Gegenstande hat, noch sind sie hiernach gerichtliche, sondern außergerichtliche Kosten.

Auch die von dem Kläger in Bezug genommenen Stellen aus den Motiven (Seite 242, 243 und 331 des Entwurfs der Konkurs-Ordnungs-Abdrücke von K. Heymann's Verlag) rechtfertigen eine andere Auslegung nicht. Denn auch soweit daselbst die in Frage kommenden Kosten nicht ausdrücklich als gerichtliche bezeichnet sind, folgt doch die ausschließliche Beziehung auf solche schon aus den dabei als solchen bezeichneten Acten des gerichtlichen Verfahrens, durch welche die Kosten herbeigeführt worden sein sollen. Dagegen ist durch § 55 unter 1 der KO. auch dergleichen außergerichtlichen Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Konkursverfahrens erwachsen sind, eben nur die Eigenschaft als accessorischer Konkursforderungen neben der Hauptforderung eingeräumt, während die nach diesem Zeitpunkte entstandenen Kosten überhaupt einen Anspruch auf die Konkursmasse nicht gewähren (§ 56 unter 2 der KO. und angez. Motive S. 268 und 269; vergl. auch die Commentare von Völderndorff, Abth. I. S. 517, 518, Stieglitz, S. 463 Anm. zu § 97, von Wilmowski, S. 268 Anm. 2 zu § 51, 1.)

Eine analoge, zu einem entgegengesetzten Ergebnisse führende Anwendung der für einen ganz anderen Fall ertheilten Specialvorschriften in § 135 der KO. und § 13 Abs. 1 des Gesetzes vom 21. Juli 1879 kann nicht in Frage kommen.

Ferner aber ist in Uebereinstimmung mit dem vorigen Urtheile auch die Anwendbarkeit des § 52 unter 3 der KO. auf den erhobenen Anspruch zu verneinen. Denn für das Vorhandensein der Voraussetzungen dieser Vorschrift, daß das nach § 2 der KO. mit der Konkurseröffnung zur Konkursmasse werdende Vermögen des Gemeinschuldners über den Umfang derselben hinaus durch fremdes Gut und zwar ohne Rechtsgrund vermehrt worden sei (vergl. angez. Motive S. 246), ist im vorliegenden Falle durch die thatsächlichen Anführungen Klägers kein Anhalt gegeben.

Demzufolge war die Berufung zurückzuweisen rc.

24.

Unwirksamkeit einer Bürgschaft, welche unter Voraussetzung eines künftigen — nicht eingetretenen — Ereignisses übernommen worden; §§ 1534 verb. mit 1530 des BGB.'s.

Urtheil des OLG.'s (III. Senat) vom 28. October 1882 no. 108 O. III. 1882.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger hat zugegeben, daß, als der Beklagte U. seinen Namen unter die Bürgschaftsurkunde vom 28. October 1879 gesetzt hat, dieselbe die Unterschrift G.'s und den auf dieselbe bezüglichen Zusatz: „unter der Bedingung, daß ich als letzter Bürge eintrete" noch nicht getragen habe. Er hat auch nicht behauptet, daß der Beklagte vor der Vollziehung der Urkunde durch seinen Erblasser M. senior*) davon Kenntniß erhalten habe, daß G. nur in dieser beschränkten Maße zur Bürgschaft mit herangezogen werden solle. Hiernach muß angenommen werden, daß der Beklagte bei der Abgabe seiner Unterschrift von der Voraussetzung ausgegangen sei und habe ausgehen dürfen, das Bürgschaftsgeschäft werde, soweit es nicht nach seiner eignen Darstellung zwischen ihm und dem Erblasser des Klägers in gewisser Richtung durch eine

*) der ursprüngliche Gläubiger.

mündliche Nebenvereinbarung modificirt worden, allenthalben so abgeschlossen und ausgeführt werden, wie es der Wortlaut der ihm vorgelegten, nach ihrer Fassung jedenfalls von Haus aus zur erschöpfenden Fixirung dieses Geschäfts bestimmten Urkunde ergab. Wenn es aber in der Urkunde heißt:

„Ferner leisten die Herren Ziegeleibesitzer C. G. G. und Kohlenagent August Anton U. — Beklagter — von hier für vorbezeichnetes Kapital nebst Zinsen mit ihrem gesammten Vermögen andurch ausdrücklich Bürgschaft und entsagen der einem Bürgen zustehenden Rechtswohlthat der Vorausklage"

so mußte hierdurch der Beklagte in den Glauben versetzt werden, daß er und G. gemeinschaftliche Bürgen sein sollen, G. also nach § 1458 des Bürgerlichen Gesetzbuchs neben ihm und gleichzeitig mit ihm, nicht aber nach ihm als Bürge für die Hauptschuld haften solle. Eine andere Auffassung des Sinnes der Urkunde wurde durch ihren obigen Wortlaut schlechterdings und auch dann ausgeschlossen, wenn die Behauptung des Beklagten nicht wahr wäre, daß der Erblasser des Klägers sich ihm gegenüber vor der Vollziehung der Urkunde so ausgesprochen habe, wie in dem Seiten der vorigen Instanz erkannten Eide wiedergegeben ist.

Jene Voraussetzung des Beklagten — daß G. der gemeinschaftliche Bürge für die von ihm übernommene Bürgschaftsschuld werden würde — ist thatsächlich nicht eingetroffen, da G. unter Zustimmung des Erblassers des Klägers die Urkunde nur mit einem Zusatze vollzogen hat, welcher seine Haftung aus derselben solange, als nicht die gesetzlichen Mittel für die Erzwingung der Leistung der bürgschaftlichen Pflicht durch den Beklagten erschöpft sind, ausschließt. Dies begründet nach Maßgabe der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Rückforderung des unter Voraussetzung eines künftigen Ereignisses Geleisteten (§§ 1534 flg.) für den Beklagten das Recht darauf, daß die durch die Vollziehung der Bürgschaftsurkunde von ihm dem Erblasser des Klägers gegenüber eingegangene Verpflichtung für unwirksam erachtet werde. Dieses Recht würde ihm den angezogenen gesetzlichen Bestimmungen gegenüber selbst dann nicht zu versagen sein, wenn ein an den Nichteintritt des vorausgesetzten Ereignisses für ihn sich knüpfender unmittelbarer Rechtsnachtheil nicht erkennbar wäre. Von

dem Vorhandensein eines solchen macht das Gesetz den Rückforderungsanspruch nicht abhängig. Jedoch ist das rechtliche Interesse des Beklagten daran, daß G. nicht blos als Bürge nach ihm, sondern als gemeinschaftlicher Bürge mit ihm haftete, auch gegenüber der Vorschrift in § 1458 des Bürgerlichen Gesetzbuchs und ihren gesetzlichen Consequenzen (§§ 1019, 1036 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) unverkennbar, da er im ersteren Falle schon durch die thatsächliche Möglichkeit, daß der Gläubiger anstattt seiner oder neben ihm auch den anderen Bürgen aus der Bürgschaft in Anspruch nehmen könne, besser gestellt worden wäre, als durch die letztere Gestaltung der bürgschaftlichen Haftung.

Da schon von dem vorstehenden Gesichtspunkte aus der Berufungsantrag auf Zurückweisung der Klage gerechtfertigt erscheint, so 2c. 2c.

25.

Die Ehefrau hat, auch gegenüber der nach §§ 1, 2, 3 bei no. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 — außerhalb des Konkursverfahrens — wider sie erhobenen Anfechtungsklage ein Vorzugsrecht wegen ihres Einbringens, selbst wenn sie dasselbe rechtzeitig, nach Maßgabe des K. S. Gesetzes vom 11. März 1879 im öffentlichen Register hat eintragen lassen, nicht zu beanspruchen.

Urtheil des OLG.'s (I. Senat) vom 30. October 1882 no. 135 O. I. 1882.

Aus den Entscheidungsgründen.

Das Oberlandesgericht erachtet den vom Kläger wider die Beklagte erhobenen Anspruch auf Grund der §§ 1, 2, 3 no. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 nicht nur für schlüssig begründet, sondern auch für ausreichend in Gewißheit gesetzt. Denn einerseits ist zwischen den Parteien unbestritten, daß der Kläger vermöge rechtskräftigen Urtheils wegen einer ihm an den Ehemann der Beklagten zustehenden Forderung von 2800 M. nebst Zinsen vom 8. März 1881 ab und nebst 219 M. 40 Pf. Kosten einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und daß die aus letzterem gegen den Ehemann der Beklagten versuchte Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist; andererseits steht nach den Geständnissen der Beklagten und nach dem Inhalte des anerkannten, in Klagbeilage A. abschriftlich zu lesenden Grund-

stückskaufes vom 1./17. Juni 1881 ebenfalls fest, daß die Beklagte binnen der letzten zwei Jahre vor Zustellung gegenwärtiger Klage durch diesen Kaufvertrag die Rückgewähr ihres eheweiblichen Einbringens nach Höhe eines Betrages von 1500 M. von ihrem Ehemanne durch Aufrechnung gegen den an Letzteren zu zahlenden Grundstückskaufpreis erlangt hat, ohne daß sie im Stande ist, sich darauf zu beziehen, daß ihr Ehemann durch Gesetz oder durch einen vor obigem Zeitraume geschlossenen Vertrag zu dieser Rückgewähr verpflichtet gewesen sei.

Der Annahme der Beklagten, daß durch die auf Grund des Königlich Sächsischen Gesetzes vom 11. März 1879 von ihr im Monat September 1879 erlangte Eintragung eines eheweiblichen Einbringens von 3600 M. in das in diesem Gesetze gedachte öffentliche Register ihr das wegen ihres Einbringens nach bisherigem Landesrechte zukommende Vorzugsrecht, ungeachtet der Vorschrift in § 3 no. 4 des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879, auch außerhalb des Konkurses den Gläubigern ihres Ehemannes gegenüber gewahrt geblieben sei, läßt sich nicht zustimmen. Zwar ist richtig, daß die nurbezeichnete Gesetzesvorschrift der Bestimmung in § 25 no. 2 der Konkurs-Ordnung nachgebildet ist, sowie daß die Vorschriften der §§ 12, 13 des Einführungsgesetzes zur Konkurs-Ordnung auf der Absicht beruhen, bei der durch die Reichsjustizgesetzgebung erfolgten Beseitigung des bisher vom Rechte anerkannten Vorzugsrechtes der Ehefrauen auf die beim Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze bereits bestehenden Rechte dieser Art schonende Rücksicht zu nehmen und zu diesem Zwecke der Landesgesetzgebung innerhalb gewisser Schranken die Beibehaltung des bisherigen Vorzugsrechts zu gestatten,

vergl. Reichsgerichts-Entscheidungen in Civilsachen Bd. 2 S. 95 letzter Absatz und Sarwey, Commentar zur Konkurs-Ordnung Seite 156 no. 2 und Seite 758 no. 2,

allein über die hierunter in der Reichsgesetzgebung gezogenen Schranken hinaus würde eine solche Beibehaltung nach dem Bemerkten und nach dem in dieser Beziehung bestimmt ausgesprochenen Willen der Reichsjustizgesetze unzulässig sein. In den letzteren ist aber die Beibehaltung bestehender Vorzugsrechte gedachter Art zwar durch die §§ 12, 13 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung für den Konkursfall,

sowie in § 23 des Einführungsgesetzes zur CPO. für die dort gedachten Pfändungen gestattet worden; dagegen findet sich eine gleiche oder ähnliche Ermächtigung für die Landesgesetzgebung in dem die Anfechtung außerhalb des Konkurses regelnden Reichsgesetze vom 21. Juli 1879 nicht, obwohl dieses Gesetz gleichzeitig mit der Konkurs-Ordnung und der CPO. in Wirksamkeit getreten ist und obwohl nach Obigem alle Veranlassung vorgelegen haben würde, die Beibehaltung jenes Vorzugsrechts auch für außerhalb des Konkurses erfolgende Anfechtungen von Rechtshandlungen eines Schuldners zu gestatten, wenn solches bei Erlaß des gedachten Reichsgesetzes beabsichtigt worden wäre. Da dies gleichwohl unterblieben ist, so muß davon ausgegangen werden, daß gegenüber diesem Reichsgesetze die Beibehaltung eines etwa nach dem Landesrechte den Ehefrauen auch für den Fall einer außerhalb des Konkurses erfolgenden Anfechtung von Rechtshandlungen des zahlungsunfähigen Ehemannes zustehenden Vorzugsrechtes der Landesgesetzgebung nicht hat nachgelassen werden sollen.

Selbst wenn man aber auch in dieser Beziehung anderer Meinung sein könnte, so würde damit doch für die Beklagte nichts gewonnen sein. Denn die erwähnten Reichsgesetze haben eine Beibehaltung von Vorzugsrechten der gedachten Art in gewisser Beschränkung der Landesgesetzgebung zwar gestattet, dieselbe jedoch selbst nicht angeordnet. Eine solche Beibehaltung kann daher auch nur soweit als vorhanden angesehen werden, als die Landesgesetzgebung von der diesfalls ertheilten Ermächtigung wirklich Gebrauch gemacht hat. In Sachsen aber ist dies nach dem angeführten Landesgesetze vom 11. März 1879 ganz ausdrücklich nur für den Konkursfall geschehen. Auch enthalten die Motive zu diesem Gesetze,

vergl. die Landtagsacten 1877/78, Kgl. Decrete Bd. 2 no. 10 S. 2,

nicht die geringste Andeutung dafür, daß etwa beabsichtigt worden wäre, das in Sachsen für das Einbringen der Ehefrauen nach dem Wortlaute der Gesetze ebenfalls nur für den Konkurs eingeführt gewesene Vorzugsrecht künftig auch außerhalb des Konkurses, gegenüber den Gläubigern des Ehemannes, Platz greifen zu lassen. Es ist deshalb für den gegenwärtigen Rechtsstreit einflußlos, daß in der früheren Judicatur ein Vorzugsrecht der Ehefrauen selbst außerhalb des Konkurses bei Anfechtungsklagen der erwähnten Art mitunter anerkannt worden ist.

Demnach ließ sich die Berufung der Beklagten nicht für begründet ansehen 2c. 2c.

26.

Nichtigkeit eines Separatabkommens, welches ein accordirender Schuldner mit seinem Gläubiger schließt, wenn dem Letzteren — unter falschen Vorspiegelungen gegenüber den andern Gläubigern — besondere Vortheile zugesichert werden; §§ 90, 793, 878 des BGB.'s. Auf derartige Verträge finden die Vorschriften über Rückforderung wegen unsittlichen oder unrechtlichen Grundes keine Anwendung; §§ 1540, 1543, 1544 des BGB.'s.

Urtheil des OLG.'s (I. Senat) vom 20. November 1882 no. 159 O. I. 1882.

Entscheidungsgründe.

In den Gründen des vorigen Urtheiles ist bereits zutreffend dargelegt, daß die Verabredung, bei welcher der Beklagte dem Kläger wegen einer Wechselforderung desselben von 6300 M. volle Befriedigung zugesichert und hierüber den Schuldschein in der Klagbeifuge B ausgestellt, Kläger dagegen sich verpflichtet hat, rücksichtlich dieser Forderung zum Scheine einem Accorde beizutreten, den der Beklagte mit allen Gläubigern, deren Forderungen mehr als 100 M. betrugen, behufs Erlangung eines theilweisen Schulderlasses abzuschließen im Begriffe war, unter den Gesichtspunkt eines Vertrages über eine wenn nicht gegen das Strafgesetz, so doch jedenfalls gegen die guten Sitten verstoßende Handlung falle und daher nach den Bestimmungen in §§ 90, 793 und 878 des BGB.'s rechtlich unwirksam sei. Die Richtigkeit dieser Auffassung läßt sich auch nach Ansicht des Berufungsgerichtes nicht füglich bezweifeln, wenn man den offen zu Tage liegenden Zweck jener Verabredung in Erwägung zieht. Denn derselbe konnte nach der festgestellten Sachlage kein anderer sein, als der, durch die falsche Vorspiegelung, daß Kläger der vom Beklagten ausbedungenen gleichmäßigen Herabsetzung aller Forderungen über 100 M. sich in Bezug auf seine verhältnißmäßig bedeutende Forderung unterwerfe, auch die übrigen Gläubiger zu einer Verzichtleistung auf die nämliche Quote ihrer Forderungen zu bestimmen. Eine derartige vorsätzliche Täuschung aber, zu welcher der Kläger in

Folge des Versprechens, daß seine Forderung in jedem Falle voll berichtigt werden solle, sich herbeiließ, enthält, ganz abgesehen von der Frage, ob der Thatbestand eines strafrechtlichen Betruges vorliege, zum mindesten eine grobe Verletzung von Treu und Glauben und erscheint nach allgemeinen Begriffen mit der Ehrbarkeit und guten Sitte unvereinbar. Das im 6. Bande der Entscheidungen des Reichsgerichtes in Civilsachen S. 227 flg. veröffentlichte, bei Beurtheilung eines gleichartigen, wie des hier vorliegenden, Privatabkommens von einer abweichenden Anschauung ausgehende Erkenntniß ist lediglich auf Normen des Preußischen Rechtes gestützt, während im gegenwärtigen Prozesse die angezogenen Vorschriften des Sächsischen BGB.'s maßgebend und aus diesen Vorschriften keine Bedenken gegen die obige Auffassung zu entnehmen sind.

Zur Durchführung des Einwandes, daß das Schuldanerkenntniß und Zahlungsversprechen in der Klagurkunde B, weil dafür als Gegenleistung eine den guten Sitten zuwiderlaufende Handlung stipulirt wurde, keine rechtlichen Wirkungen habe erzeugen können, bedurfte es weder der Beibringung des Nachweises, daß durch das wahrheitswidrige Vorgeben Klägers, einen gewissen Theil seiner Wechselforderung dem Beklagten erlassen zu wollen, der Entschluß der übrigen Gläubiger, an ihren Forderungen dem Beklagten einen gleichen Nachlaß zu verwilligen, in der That beeinflußt worden sei, noch war dazu die Constatirung eines für diese Gläubiger in Folge der erlittenen Täuschung entstandenen Vermögensverlustes erforderlich. Denn dem getroffenen Separatabkommen muß schon an sich, insofern dabei der Wille der Parteien auf Erreichung eines beiderseitigen Vortheiles — welcher für den Kläger in einer bevorzugten Befriedigung seiner Forderung, für den Beklagten in dem Abschlusse eines ihm günstigen Accordes bestand — mit Hülfe einer rechtswidrigen Täuschung dritter Personen gerichtet war, der Anspruch auf rechtliche Anerkennung versagt werden, gleichviel ob die nachher zur Ausführung gelangte Täuschung den bezweckten Erfolg gehabt und aus demselben ein Schaden für die Getäuschten erwachsen ist. Ebenso würde es selbstverständlich an dem Charakter des Unsittlichen, den die private Verabredung der Parteien an sich trägt, nichts ändern, wenn, wie der Kläger behauptet, nicht alle Gläubiger

des Beklagten mit Forderungen über 100 M. bei dem Abschlusse des Accordes concurrirt hätten.

Auch dadurch wird die Berücksichtigung der auf die gedachte Uebereinkunft gegründeten Einrede nicht ausgeschlossen, daß den Beklagten wo nicht schon nach seiner eigenen, so doch wenigstens nach Klägers Sachdarstellung der Vorwurf eines sittlich verwerflichen Verhaltens in gleicher Weise, wie den Kläger trifft. Denn der Einfluß, welchen das BGB. — zu vergl. die Bestimmungen in §§ 1540, 1543 und 1544 — dem Vorhandensein einer beiderseitigen gleichen Unsittlichkeit beilegt, beschränkt sich auf das Gebiet der Condictionen. Bei der vorliegenden Einrede handelt es sich aber nicht um Rückforderung einer von dem Beklagten aus dem ungültigen Rechtsgeschäfte bereits bewirkten Leistung, namentlich nicht um die in § 1530 verbunden mit §§ 1546 und 1550 vorgesehene Befreiung von einer übernommenen Verpflichtung und Rückgabe der darüber ausgestellten Urkunde. Vielmehr geht die Tendenz der Einrede direct dahin, daß dem durch die Ausstellung der Klagurkunde B und deren Hingabe an den Kläger zu Stande gekommenen Schuldanerkenntnißvertrage, welcher dem Klagantrage zur alleinigen Unterlage dient, wegen unsittlichen Grundes die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen werden solle. Die Ausstellung und Uebergabe des Schuldscheines kommt sonach hier nicht als eine der Rückforderung unterworfene Leistung, sondern als ein wesentliches Moment für den Abschluß des Vertrages in Betracht, dessen Erfüllung Kläger gegenwärtig von dem Beklagten verlangt, während der Letztere überhaupt die Zurechtbeständigkeit dieses Vertrages angreift, nicht aber etwas zurückfordert, was dem Kläger aus demselben schon gewährt worden ist. Wenn mithin auf die Frage, ob dem Beklagten in gleicher Maße wie dem Kläger ein gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten bei der betreffenden Verabredung beizumessen sei, hier nichts ankommt, so erledigt sich auch die im Thatbestande erwähnte Differenz in den Angaben der Parteien über die Vorgänge, welche den Anlaß zu jener Verabredung gegeben haben.

Die Berufung konnte daher keine Beachtung finden 2c. 2c.

27.

Verletzung des Firmenrechts durch unbefugten Gebrauch

einer Firma; Wiederaufnahme einer erloschenen Firma: Art. 27, 20 des DHGB's.

Urtheil des OLG.'s (III. Senat) vom 31. Jan. 1883 no. 177 O. III. 1882.

In thatsächlicher Hinsicht ist vorauszuschicken:

In den Jahren 1865 bis 1879 betrieb Friedrich S. in Gemeinschaft mit seinem Bruder Carl Hermann S. unter der im Handelsregister nicht eingetragenen Firma: „Gebrüder S." in N. die Fabrikation landwirthschaftlicher Maschinen. Im J. 1879 wurde dieses Gesellschaftsverhältniß und das Geschäft selbst durch Vereinbarung unter den Betheiligten aufgelöst. Ueber die Fortführung der bisherigen Firma Seiten des einen oder des andern Gesellschafters fand eine Verabredung nicht statt.

Seit 1879 betreibt nun Carl Hermann S. mit seinem Bruder Carl Heinrich S. in N. die Fabrikation landwirthschaftlicher Maschinen unter der im Handelsregister eingetragenen Firma: „Gebrüder S." — Der frühere Socius Carl Hermann S.'s aber, Friedrich S. betreibt seit dieser Zeit, gleichfalls in N. die Fabrikation landwirthschaftlicher Maschinen; er bedient sich dabei der im Handelsregister nicht eingetragenen Firma: „Friedrich S." mit dem Zusatze: „früher Gebrüder S." —

Die Inhaber der jetzigen Firma: „Gebrüder S." — die oben genannten Carl Hermann und Carl Heinrich S. — finden in jenem Zusatze einen unbefugten Gebrauch der Firma: „Gebrüder S." und eine Verletzung ihres eignen Firmenrechtes sowie eine Schädigung ihrer Interessen, indem durch jenen Zusatz im Publikum der Glaube erweckt werde, die Firma: „Gebrüder S." bestehe nicht mehr. Dieselben beantragen im Klagwege gegen Friedrich S. unter Vorbehalt ihrer Schadenersatzforderung, die Verurtheilung des Letzteren dahin: daß derselbe der fernerweiten Führung des seiner Firma beigefügten Zusatzes: „früher Gebrüder S." bei Strafe sich enthalte.

Beklagter beantragt Abweisung der Klage. Er behauptet: Carl Hermann S. und Carl Heinrich S. seien nicht berechtigt, ohne seine Zustimmung die im J. 1879 durch Liquidation erloschene Firma „Gebrüder S." fortzuführen; er selbst aber verstoße nicht gegen das Gesetz, indem er seiner Firma den Zusatz: „früher Gebrüder S." beifüge, wenn überhaupt dieser Zusatz als integrirender Bestandtheil

seiner Firma angesehen werden könnte. Zugleich erhebt Beklagter Widerklage mit dem Antrage: festzustellen, daß die Kläger die Firma: „Gebrüder S." mit Unrecht führen, denselben den Gebrauch dieser Firma zu untersagen, ihnen den Antrag auf Löschung der letzteren im Handelsregister aufzugeben und wegen des Mißbrauchs ihm — Beklagtem — Schadenersatz nach richterlichem Ermessen zuzusprechen.

Die Kläger beantragen Abweisung der materiell und formell unstatthaften Widerklage.

Die erste Instanz hat Beklagten, unter Abweisung der Widerklage, kostenpflichtig verurtheilt, die Führung des seiner Firma: „Friedrich S." beigefügten Zusatzes: „früher Gebrüder S." bei Strafe von 500 M. für jeden Fall der Zuwiderhandlung, zu unterlassen.

Hiergegen hat Beklagter Berufung eingelegt; er hat beantragt: die Klage abzuweisen und die Kläger der Widerklage gemäß oder, eventuell, dahin zu verurtheilen:

daß sie nicht berechtigt seien, ihre Firma mit dem frühern Etablissement der Firma „Gebrüder S." zu identificiren und sich als Nachfolger desselben zu betrachten.

Das OLG. wies die Berufung zurück.

Entscheidungsgründe.

Der vorigen Instanz ist darin beizupflichten, daß die von der Klägerin angeführten Thatsachen das Klagrecht derselben aus Art. 27 in Verbindung mit Art. 20 des HGB.'s begründen. Da das Firmenrecht an sich in seiner Entstehung und Wirkung durch die Eintragung im Handelsregister nicht bedingt ist (vergl. Entscheidungen des vormaligen Reichsoberhandelsgerichts Bd. X. S. 292, verbunden mit Bd. VI. S. 249), so kann für die aus Art. 27 des HGB.'s abgeleitete Klage darauf nichts ankommen, daß sowohl die früher bis zum Jahre 1879 vom Beklagten in Gemeinschaft mit seinem Bruder, dem Mitinhaber der klagenden Firma, Carl Hermann S., betriebene Firma, als auch die gegenwärtige Firma des Beklagten im Handelsregister nicht zum Eintrage gelangt ist.

Zweifel können sich im vorliegenden Falle nur aus den Beziehungen ergeben, in welchen die Parteien zu der früheren Firma stehen. In dieser Hinsicht kommt in Betracht, daß letztere in Folge der von den betheiligten Gesellschaftern getroffenen Verein-

barung erloschen war und daß bei jener Auflösung von denselben ein Verbot, daß der eine oder andere von ihnen die frühere Firma nicht wieder annehmen dürfe, nicht festgesetzt worden ist. Für Beantwortung der Frage, ob eine erloschene Firma von Neuem angenommen werden könne, gewährt das Handelsgesetzbuch keinen directen Anhalt. Denn Artikel 20 erfordert nur Unterscheidung der neuen Firma von den an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen und Art. 24 setzt das Fortbestehen des Handelsgeschäftes voraus. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn die neue Firma sonst den thatsächlichen Verhältnissen des neuen Geschäfts entspricht, insoweit der Gleichlaut mit der früheren, nicht mehr bestehenden kein entscheidendes Moment abgeben kann. Aus diesem Grunde ist daher auch die klägerische Firma als eine berechtigte anzusehen und es steht ihr ein Verbietungsrecht gegen andere gleiche oder gleichwerthige Firmen an demselben Orte zu.

Eine weitere Frage ist, ob der von dem Beklagten angenommene Zusatz zu seiner Firma „früher Gebr. S." als ein integrirender Bestandtheil dieser Firma oder nur als eine nicht zur Firma gehörige, die Benachrichtigung des Publikums bezweckende Notiz zu betrachten sei. Ließe sich nun auch für letztere Annahme die Erwägung geltend machen, daß der auf Klaganlage II ersichtliche Zusatz „früher Gebr. S." in Klammern und in kleinerer Schrift unter dem darüber stehenden Namen Friedrich S. sich angebracht findet, so kommt doch andererseits in Betracht, daß diese Zeichnung als regelmäßige Firmenzeichnung nicht festgestellt ist, überdies aber die Form jenes Zusatzes als eine solche sich darstellt, daß allerdings das Ganze geeignet erscheint, als Firma zu dienen, den Namen zu bilden, unter welchem Beklagter sein Geschäft zu betreiben und die Unterschrift abzugeben beabsichtigt. Unter diesen Umständen hat man aber mit der vorigen Instanz unbedenklich davon auszugehen, daß der gedachte Zusatz in der That als ein integrirender Bestandtheil der Firma des Beklagten anzusehen sei.

Zur Anwendung des Art. 27 des HGB.'s genügt nun zwar weiter nicht schon, daß Jemand eine fremde Firma führt, vielmehr muß der Gebrauch der Firma ein unbefugter sein und als unbefugt ist jeder Gebrauch einer Firma zu erachten, welcher entweder durch

das Gesetz oder durch gültige Privatbestimmung untersagt ist (vergl. Anschütz und von Völdernborff, Commentar zum HGB. I. Bd. S. 210). Der vorliegend vom Beklagten gebrauchte Zusatz erscheint aber als ein unzulässiger schon deshalb, weil letzterer weder den thatsächlichen Verhältnissen entspricht, noch auch nur eine unzweideutige Beziehung auf die früher erloschene Firma enthält, sondern sogar auf die jetzige Firma der Klägerin bezogen werden und die Zweideutigkeit erwecken kann, als ob Beklagter Mitinhaber dieser Firma gewesen sei. Allerdings würden die Inhaber der klagenden Firma ihrerseits in der Lage gewesen sein, eine solche Zweideutigkeit zu vermeiden, wenn sie beispielsweise firmirten: C. H. S. und Co. Wie dieselben indessen hierzu nach den obigen Ausführungen rechtlich nicht gezwungen werden können, so ist andererseits Beklagter als Einzelkaufmann regelmäßig nur unter seinem Namen zu firmiren berechtigt (Art. 16 des HGB.'s). Gegenüber dem Beklagten ist hiernach ein ähnlicher Sachverhalt begründet, wie derjenige, welcher den in den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V. S. 110 flg., verglichen mit Bd. I. S. 262 flg. veröffentlichten Vorgängen zum Grunde gelegen hat.

Stellt sich nach Alledem sowie in der näheren Erwägung, daß die neueren Anführungen des Beklagten über die Qualification und geschäftliche Stellung des Mitinhabers der klagenden Firma Carl Heinrich S., sowie über den Bildungsgang Carl Hermann S.'s, wie sich aus der Natur der Sache ergiebt, keine stringente Begründung für den Einwand liefern, die klägerische Firma decke kein wirkliches Gesellschaftsverhältniß, die angefochtene Entscheidung zur Hauptsache als gerechtfertigt dar, so ergiebt sich hieraus zugleich die Hinfälligkeit der Widerklage in ihrem wesentlichen Antrage. Was aber den auf das Zugeständniß der Klägerin, sie sei nicht befugt, sich als Nachfolgerin des früher unter der Firma „Gebr. S." bestandenen Geschäftes zu bezeichnen, vom Beklagten in der Berufungsinstanz gestützten Unterantrag betrifft, so würde allerdings an sich weder die formelle Statthaftigkeit der Widerklage im Hinblick auf den zwischen dem Gegenanspruche und dem Klaganspruche vorhandenen Zusammenhang (CPO. § 33) zu bezweifeln, noch jener neuere Antrag im Verhältnisse zu dem ursprünglichen Widerklagantrage als ein völlig

veränderter anzusehen, vielmehr der Eventualantrag nur als ein seiner Tendenz und seinen Wirkungen nach beschränkter aufzufassen sein. In der Sache selbst wird indessen hierdurch zu Gunsten des Beklagten nichts geändert. Auch hier ist die Vorfrage entscheidend, ob der von der Klägerin der Vignette „Gebr. S." beigefügte Zusatz „Gegründet 1865" einen integrirenden Bestandtheil ihrer Firma in dem oben gedachten Sinne enthalte. Aus dem thatsächlichen Vorbringen des Beklagten kann jedoch für die bejahende Anschauung kein genügender Anhalt entnommen werden, vielmehr ist nach der eigenen Darstellung des Beklagten davon auszugehen, daß es sich hierbei nur um eine, wenn schon gegen die thatsächlichen Verhältnisse verstoßende Maßnehmung handelt, welche von der Klägerin zu dem Zwecke, das mit ihr geschäftlich verkehrende Publikum entsprechend zu benachrichtigen, ergriffen worden ist, unter diesem Gesichtspunkte aber für sich allein nicht geeignet erscheint, den in Art. 27 des HGB.'s geordneten Rechtsschutz dem Beklagten zu gewähren.

28.

Was heißt: „zu dauernden Dienst verbungen" im Sinne von § 54 bei 1 der KO.? — An sich ist es hierbei einflußlos, ob das Dienstverhältniß auf Kündigung eingegangen ist.

Beschluß des OLG.'s (III. Senat) vom 28. März 1883 no. 7 O. III. 1883.

In thatsächlicher Hinsicht ist nur zu gedenken, daß es sich um rückständige Löhne von Gewerbsgehülfen eines Steinsetzermeisters handelt, welche beim Konkurse des Letzteren gefordert werden. In beiden Instanzen ist das Vor zugsrecht der Forderung anerkannt worden.

Aus den Entscheidungsgründen.

Nach § 54 no. 1 der Konkursordnung gehören zu den bevorrechtigten Konkursforderungen:

die für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens (oder dem Ableben des Gemeinschuldners) rückständigen Forderungen von Lohn, Kostgeld oder anderen Dienstbezügen der Personen, welche sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten.

Darüber, welche Personen als solche anzusehen seien, welche sich

dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft verdungen haben, und darüber, was unter einem dauernden Dienstverhältniß im Sinne von § 54 no. 1 zu verstehen sei, enthält das Gesetz selbst keine. Bestimmung; es sind dies daher Thatfragen, welche in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse desselben beantwortet werden müssen,

vgl. auch die Commentare zur Konkursordnung von Sarwey, S. 405 und Wengler, S. 380.

Ohne entscheidenden Einfluß ist aber dabei, ob das Dienstverhältniß auf einen längeren bestimmten Zeitraum oder auf Kündigung eingegangen ist,

(vgl. von Völderndorff, Commentar zur KO. I. Th. S. 537) insbesondere würde durch die Vereinbarung einer Kündigung die Anwendung der Vorschriften in § 54 no. 1 cit. um so weniger für ausgeschlossen erachtet werden können, als, wie in den Motiven des Gesetzes ausdrücklich anerkannt ist, den Gegensatz eines dauernden Dienstverhältnisses Verträge über einzelne, wenngleich öfter oder periodisch wiederholte Leistungen von Tagelöhnern, Lohndienern und Näherinnen u. s. w. bilden,

(zu vgl. Motive zur KO., Drucksachen des Reichstages, II. Legislaturperiode II. Session 1874, Actenstücke zur KO. no. 200 S. 1479, von Wilmowski, Commentar zur KO. S. 279 no. 3 zweite Ausgabe.)

Die allgemeinen Erwägungen, durch welche das hier fragliche Vorrecht als ein den natürlichen Verhältnissen entsprechendes in den Gesetzesmotiven gerechtfertigt wird, sind folgende:

„Die auf solche Dienstverhältnisse angewiesenen Personen müssen sich verdingen, ohne daß sie in der Lage sind, ihre Forderung zu sichern. In der Regel gestatten ihnen die Gesetze bei einmaligem Ausbleiben der Lohnzahlung nicht, den Dienst sofort zu verlassen, entweder müssen sie zuvor kündigen und die Kündigungszeit — oft also noch einen Zahlungstermin — abwarten, oder zuvor die gerichtliche Hülfe in Anspruch nehmen. Immer aber erschwert die Natur des Dienstverhältnisses, während der Dauer desselben den Weg der Klage gegen den Dienstherrn zu beschreiten. Durch ein Vorrecht ihnen den nöthigen Schutz zu verleihen, widerspricht weder dem allgemeinen Credit, noch den Rechten der übrigen Gläubiger. Jeder-

mann weiß, daß das für das Hauswesen und Gewerbe erforderliche Personal gehalten werden muß, — das Vorrecht ist insofern erkennbar; nach seinem Umfang kommt es kaum in Betracht für die Gläubiger, ist dagegen von äußerster Erheblichkeit für die in dem Dienste stehenden Personen. Was sie zu fordern haben, ist Vergütung für Dienste und Leistungen, welche dem Geschäft und dem Vermögen des Gemeinschuldners und mit der Konkursmasse den übrigen Gläubigern zum Nutzen gereichen. Diesen gegenüber rechtfertigt daher das Vorrecht sich gewissermaßen aus dem Gesichtspunkt einer nützlichen Verwendung. Und durch das Vorrecht wird eine Kongruenz hergestellt mit der Bestimmung, daß Dienstverträge durch die Konkurseröffnung nicht ohne Weiteres, sandern erst nach Aufkündigung und mit Ablauf der Kündigungsfrist ihr Ende erreichen (Entwurf § 19), die Forderungen also für die Zeit von der Konkurseröffnung bis dahin Masseschulden sind (Entwurf § 52 no. 2)."

Unter diesem Gesichtspunkte würde es für die Begriffsbestimmung des dauernden Dienstverhältnisses nicht einmal von ausschlaggebender Bedeutung sein, wenn nach Lage der Sache die Annahme Platz zu ergreifen hätte, daß die betreffenden Arbeiter überhaupt Anspruch auf eine Kündigung des Dienstverhältnisses zu erheben nicht berechtigt gewesen wären. Denn der Mangel einer Kündigungsfrist für die Lösung eines Vertragsverhältnisses berührt an sich nur die Lösung des letzteren, nicht aber den Zweck und Gegenstand desselben, kann also für sich allein nicht dazu führen, einem Dienstverhältnisse die Natur eines dauernden zu entziehen. Entscheidend ist vielmehr in dieser Beziehung die Absicht, von welcher die Betheiligten bei Eingehung des Vertrages voraussetzlich geleitet worden sind. Ist diese Absicht erkennbar auf die Begründung eines Dienstverhältnisses gerichtet, welches nicht blos einzelne, ihren jedesmaligen Zweck erschöpfende Dienstleistungen, wie dies z. B. regelmäßig bei Tagelöhnern und Lohndienern der Fall sein wird, sondern die Erlangung einer aushaltenden Arbeitskraft für Erreichung eines auf längere Zeit bestehenden Arbeitszweckes zum Gegenstande hat, so kann dasselbe immerhin und ungeachtet des Nichtbestehens einer Kündigungsfrist als ein solches, auf welches die obenangeführte konkursrechtliche Vorschrift Anwendung zu finden hat, angesehen werden. Vorzugsweise muß dies gelten für ge-

werbliche Dienstverhältnisse, deren Zweck — regelmäßiger Betrieb eines Gewerbes als Grundlage wirthschaftlicher Existenz — im Zweifel die Natur des dauernden an sich trägt. Speciell aber für die Annahme, es sei von den Betheiligten die Eingehung eines dauernden Verhältnisses im obigen Sinne bezweckt worden, spricht vorliegend insbesondere der Umstand, daß regelmäßig — und von den Ausnahmefällen eines plötzlichen Verlassens der Arbeit abgesehen — die Lohnauszahlung an die von K.*) angenommenen Arbeiter nicht täglich, sondern allwöchentlich erfolgt ist. Auch würde jene Absicht der Interessenten durch den Nachweis der von dem Beklagten in der Berufungsinstanz behaupteten, angeblich im Steinsetzergewerbe bestehenden Usance**) in wirksamer Weise nicht widerlegt werden können. Denn angenommen, es bestehe eine solche Uebung, so würde daraus nur soviel folgen, daß die Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit ihres Gewerbsbetriebes, welcher verschiedenen nicht sicher vorauszusetzenden äußeren Einflüssen unterworfen ist, wie z. B. Jahreszeit, Witterung u. s. w., bestrebt sind, sich eine gewisse Beweglichkeit in der Verfügung über ihre Arbeitskräfte zu sichern, keineswegs würde aber daraus herzuleiten sein, daß bei Annahme ihrer Gewerbsgehülfen die Eingehung eines nur vorübergehenden Dienstverhältnisses gewollt worden sei, welches diese Gehülfen einfach auf den Standpunkt von Tagelöhnern stellen würde. Auch auf andern Gebieten des Erwerbslebens giebt es Arbeitsverhältnisse, bezüglich deren erfahrungsgemäß eine gleiche Auffassung gehandhabt wird, beispielsweise ist daran zu erinnern, daß auf vielen Kohlenbergwerken eine Kündigung rücksichtlich der auf denselben beschäftigten Arbeiter nicht besteht, Letztere aber gleichwohl nicht den gewöhnlichen Tagearbeitern gleichgestellt, sondern als zur Belegschaft gehörig und bez. als Mitglieder der vorhandenen Knappschaftskassen angesehen werden.

29.

Gesetzliches Erbrecht der Abkömmlinge der Geschwister; nicht davon abhängig, daß dieselben Erben desjenigen

*) K. ist der nunmehrige Gemeinschuldner. D. Red.

**) Es sei den Gewerbsgehülfen gegenüber eine Kündigungsfrist nicht zu beobachten. D. Red.

geworden, durch welchen sie mit dem Erblasser verwandt sind; § 2027 des BGB.'s. Rechtliche Folgen aus diesem Satze.

Urtheil des OLG.'s (III. Senat) vom 21. April 1883 no. 19 O. III. 1883.

Aus dem Thatbestande.

Am 28. Mai 1881 ist Christiane Dorothea verehel. K., verw. gewesene Kl. verstorben und nachdem ihr Ehemann zu Gunsten ihrer Kinder erster Ehe vom Nachlasse sich losgesagt, von diesen, nämlich der Beklagten — einer Tochter — und dem Kläger sowie dessen Schwester als Kinder eines vor ihr verstorbenen Sohnes Hermann Eduard Kl. im Wege gesetzlicher Erfolge beerbt worden.

Zu ihrem Nachlasse gehören 48 M. 45 Pf. Baarschaft, 1800 M. Sparkasseneinlage, das vorhandene Mobiliar im Taxwerthe von 530 M. 51 Pf., andrerseits 249 M. 6 Pf. von der Beklagten verlegte Begräbnißkosten, so daß sich eine Theilungsmasse von 2129 M. 90 Pf. und für den Kläger (zum vierten Theile) eine Erbportion von 532 M. $47\frac{1}{2}$ Pf. ergeben würde.

Kläger beantragt Verurtheilung der Beklagten zur Anerkennung seines Erbrechts am K.'schen Nachlasse und zur Herausgabe des vierten Theiles der Baarschaft und der Sparkasseneinlage abzüglich eines Viertheils der Begräbnißkosten, nicht minder zur Bewilligung der öffentlichen Versteigerung der Nachlaßmobilien und Verabfolgung des vierten Theiles des Erlöses an ihn.

Beklagte, welche Abweisung der Klage verlangt, gesteht zwar das Erbrecht des Klägers zu, wendet aber ein, daß der Erblasserin eine Forderung an den Vater des Klägers im Gesammtbetrage von 5850 M. zugestanden habe, daß Kläger hiervon die Hälfte gegenüber dem Nachlasse vertreten müsse und daher aus letzterem nichts erben könne. Sie hat bei der Verhandlung in erster Instanz Begründung dieser Forderung unternommen, Beweis für ihre Behauptungen aber nur wegen eines Theilbetrages von 3100 M. angetreten.

Kläger bestreitet dies.

Die Klage ist in Berücksichtigung der Einrede abgewiesen.

Das Urtheil ist vom Kläger angefochten worden mit dem Antrage auf Verurtheilung der Beklagten in Gemäßheit der Klagbitte.

In der Berufungsverhandlung bringt er ein vorgelegtes Zeugniß des Amtsgerichts Sch. vom 16. Februar 1883 —, wonach er sich

vom überschuldeten Nachlasse seines Vaters Eduard Hermann Kl. durch den Altersvormund mit obervormundschaftlicher Genehmigung am 2. März 1881 losgesagt hat, — zum Vortrag und bestreitet unter Bezugnahme auf §§ 2290, 2281, 2347 und 2359 des BGB.'s, daß bei dieser Sachlage die Vorschrift in § 2035, wie die erste Instanz angenommen habe, ihm entgegenstehe. Der Betrag von 3100 M. als Nachlaßforderung wird vom Kläger an sich zugestanden, insbesondere auch die Haftpflicht des verstorbenen Kl. als Solidarschuldner dafür mit dem Bemerken eingeräumt, daß die Haftung auch der übrigen Solidarschuldner noch fortbestehe, da nicht behauptet worden, daß die Erblasserin sich mit Uebernahme jener Schuld durch Kl. allein einverstanden erklärt habe.

Beklagte, von welcher kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung beantragt wird, anerkennt das vorgedachte amtsgerichtliche Zeugniß als echt und bezieht sich zur Widerlegung des Rechtsmittels auf die Gründe erster Instanz. Die zweite Instanz hat die Beklagte verurtheilt. Die Urtheilsformel ist in der Anmerkung am Schlusse mitgetheilt.

Entscheidungsgründe.

In wesentlicher Uebereinstimmung mit dem älteren Rechte (§§ 31, 32, 34 des Erbfolgemandates vom 1. September 1829) sind nach der Vorschrift in § 2035 des BGB.'s entferntere Abkömmlinge zur Erbfolge sowohl mit den näheren, als unter sich nach Stämmen nicht deshalb berufen, weil sie Erben derjenigen geworden sind, durch welche sie mit dem Erblasser verwandt sind. Denn nach der allgemeinen Bestimmung in § 2027 ist ihr Erbrecht ein selbständiges und nur durch die Abstammung bedingtes, insofern als sie zur Erbfolge selbst dann gelangen, wenn sie nicht Erben derjenigen Person geworden sind, die zwischen ihnen und dem Erblasser stand (vergl. auch Sintenis, Anleitung zum Studium des BGB.'s, Bemerkung zu § 2027 Seite 497). Wenn daher nach § 2035 die Erbfolge der entfernteren Abkömmlinge nach Stämmen dahin bestimmt wird, daß sie den Erbtheil erhalten, den diejenigen erhalten haben würden, durch welche sie mit dem Erblasser verwandt sind, so hat dies nur die Bedeutung, daß sie vom Nachlasse den Quotalantheil erhalten, den ihr Vorfahr erhalten haben würde, nicht aber hat damit, wie von der vorigen Instanz angenommen worden ist, ausgedrückt werden sollen, daß der zur Erb-

folge gelangende entferntere Abkömmling die Abzüge, welche etwa der Vorfahr, wäre dieser zur Erbfolge gelangt, wegen einer Schuld an den Erblasser sich an der Erbportion antheilig hätte machen lassen müssen, zu vertreten habe, gleichviel ob er dessen Erbe geworden ist oder nicht.

Nun haben zwar gemäß § 2359 des BGB.'s entferntere Abkömmlinge dasjenige, was der ihnen vorgehende nähere Abkömmling einzuwerfen gehabt haben würde, wenn er zur Erbfolge gelangt wäre, zu vertreten, ohne Rücksicht darauf, ob sie dessen Erben geworden sind oder nicht. Allein diese Vorschrift ist eine singuläre, sie bildet eine Ausnahme von der obigen Regel und beruht auf Gründen, welche der Einwerfung eigenthümlich sind (vergl. Siebenhaar, Commentar 3. Theil zu § 2359 Seite 366 flg. der 2. Ausgabe); es wird daher durch sie jene Regel an sich bestätigt. Der Kläger ist, wie nachgewiesen, nicht Erbe seines Vaters geworden, hat also dessen Schuld, rücksichtlich deren auch nicht die Voraussetzungen der Einwerfungsverbindlichkeit bestehen (vergl. § 2354 des BGB.'s), nicht zu vertreten, sondern es ist die entsprechende Forderung als Activum aus dem Nachlasse der Gläubigerin nach Höhe seines Erbtheils auf ihn übergegangen.

Hiernach ist die Berufung begründet; demzufolge ist Beklagte beziehentlich unter Berücksichtigung ihrer Erklärungen in der Berufungsinstanz in der aus der Urtheilsformel*) sich ergebenden Richtung kostenpflichtig (CPO. § 87) verurtheilt worden.

*) „Beklagte wird verurtheilt, je den vierten Theil der zum Nachlasse der verstorbenen Christiane Dorothea K., verwittwet gewesenen Kl. gehörigen Baarschaft von 48 M. 45 Pf. mit 12 M. 11 Pf., sowie der zu jenem Nachlasse gehörigen, auf 1800 M. lautenden Sparkasseneinlage mit 450 M. abzüglich von 62 M. 26¾ Pf. als vierten Theil des auf 249 M. 6 Pf. sich berechnenden Begräbnißaufwandes für gedachte Erblasserin — an den Kläger zu bezahlen, nicht minder darein zu willigen, daß die unter Cap. . . . des Nachlaßverzeichnisses aufgeführten Mobilien öffentlich versteigert werden und der vierte Theil des dafür erlangten Reinerlöses an den Kläger ausgezahlt werde. — Die Kosten erster und zweiter Instanz werden der Beklagten zur Tragung auferlegt."

Repertorium.

A. Criminalrepertorium.

I. Abhandlungen.

II. Gesetzregister.

1. Reichsgesetze.

2. Landesgesetze.

III. Sach- und Wortregister.

B. Civilrepertorium.

I. Abhandlungen.

II. Gesetzregister.

1. Reichsgesetze.

Allgem. D. Wechsel-Ordnung.

Art.	S.	Art.	S.
4	171	8	145, 178
		10	145

2. Landesgesetze.

III. Sach- und Wortregister.

Ex. C. M.





